Das Recht der kommerziellen Galerien

DISSERTATION
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ANDREAS OTTO TOBLER
von Rehetobel (AR) und Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

Juris Druck + Verlag Zürich
1978

1979

Das Recht der kommerziellen Galerien

DISSERTATION
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ANDREAS OTTO TOBLER
von Rehetobel (AR) und Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

Juris Druck + Verlag Zürich
1978

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 8. November 1978

Der Dekan:
Prof. Dr. J. Rehberg

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

ISBN 3 260 04555 4

Meiner lieben Frau,
meinen lieben Eltern

An dieser Stelle möchte ich Herrn
Prof. Dr. Manfred Rehbinder für
die Anregung zu dieser Arbeit sowie
die verständnisvolle Betreuung danken.

INHALTSVERZEICHNIS

§ 1 EINLEITUNG 19

A. Aufgabe 19

B. Entwicklung 19

I. International 19

II. In der Schweiz 22

C. Rechtliche Stellung im Verkehr 25

§ 2 DER KUNSTHANDELSVERBAND 27

§ 3 DIE EINZELNEN RECHTSVERHAELTNISSE 28

A. Rechtsverhältnis zwischen Galerie und Künstler 28

I. Einleitung 28

II. Der Ankauf von Werken 29

1. Der einfache Kauf 29

2. Besondere Arten des Kaufes 33

a) Der Kauf von Grafik 33

aa) Der Begriff der Grafik 33

bb) Arten des Verkaufs 34

b) Der Kauf von Plastik 35

c) Der Kauf von Fotografien 35

aa) Der Begriff der Fotografie 35

bb) Fotografie als Werk im Sinne des URG 36

cc) Der Vertrag 38

d) Das Werk auf Bestellung 40

III. Dauerverträge 47

1. Die dauernde Geschäftsverbindung 47

2. Der Exklusivvertrag 49

3. Das Alleinverkaufsrecht 58

4. Der Optionsvertrag 60

IV. Der Verlagsvertrag (Kunstverlag) 61

1. Der Vertrag 61
2. Rechte und Pflichten des Künstlers 63
3. Rechte und Pflichten des Verlegers 66

V. Der Kommissionsverkauf 67
1. Einleitung 67
2. Der Vertrag 68
3. Der Provisionsanspruch 70
a) Bruttoverkaufskommission 71
b) Nettoverkaufskommission 72
c) Naturalprovision 72
4. Selbsteintrittsrecht des Galeristen 74
5. Beendigung des Kommissionsvertrages 75

VI. Der Kommissionsverlag 76
1. Der Begriff 76
2. Wirkungen 78
3. Beendigung 79

VII. Der Trödelvertrag 79
1. Begriff 79
2. Wirkungen 80
3. Beendigung 80

VIII. Die Ausstellung 81
1. Rechtsnatur des Ausstellungsvertrages 81
a) Mietvertrag 81
b) Auftrag 81
c) Kommissionsvertrag 82
d) Leihe 82
2. Rechte und Pflichten des Galeristen 83
3. Rechte und Pflichten des Künstlers 86
4. Beendigung 87
5. Die Sammelausstellung 87

B. Rechtsverhältnis zwischen Galerie und Kunden 87

I. Der Verkauf 87

1. Rechtsnatur 87
2. Antrag und Annahme 88
3. Der Vertrag 90
4. Das Verbleiben des Kunstobjektes im Besitze des Galeristen auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses 91
5. Das Verhältnis zwischen Galeristen und Käufer 92
6. Falschlieferung und Schlechtlieferung 94
7. Vorausgesetzte Eigenschaften 95
   a) Echtheit des Kunstwerkes 95
   b) Fehler oder aliud 96
   c) andere Mängel 98
8. Zugesicherte Eigenschaften 99
9. Wegbedingung der Sachmängelhaftung 101
10. Die absichtliche Täuschung 102

II. Der Einkauf 104

1. Rechtsnatur 104
2. Der Vertrag 105

III. Geschäfte unter Galerien 106

IV. Die Versteigerung 107

V. Das Grafikabonnement 107

1. Entwicklung 107
2. Der Vertrag 108
3. Rechtsnatur 109
4. Beendigung 109

VI. Die Leihgalerie 110

1. Entwicklung 110
2. Der Vertrag 111
3. Rechtsnatur 111
4. Beendigung 113

§ 4 DIE URHEBERRECHTE 11

A. Die Bedeutung im Kunsthandel 11

B. Der urheberrechtliche Werkbegriff 11

C. Die Schutzdauer 11

D. Urheberpersönlichkeits- und Urhebervermögensrechte 11

E. Uebertragbarkeit 12

F. Die Urheberrechte im einzelnen 12

I. Urheberpersönlichkeitsrechte 12

1. Das Veröffentlichungsrecht 12
2. Inanspruchnahme der Uerheberschaft 12
3. Integrität des Werkes 12
4. Das Widerrufsrecht 12

II. Urhebervermögensrechte 12

1. Das Wiedergaberecht 12
2. Das Recht auf Verkauf, Feilhalten oder sonst in Verkehr bringen 13
3. Das Recht auf öffentliche Vorführung und öffentliche Uebertragung mittels Draht 13
4. Das Ausstellungsrecht 13
5. Das Zugangsrecht 13
6. Das Rückrufsrecht 13

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a.a.O.	am aufgeführten Orte
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
Art.	Artikel
AS	Eidgenössische Gesetzessammlung (Bern 1848 ff.) seit 1948 "Sammlung der eidgenössischen Gesetze"
Bd.	Band
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BUe	Berner Uebereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
dURG	deutsches Urheberrechtsgesetz
dVerlG	deutsches Verlagsgesetz
f. (ff.)	folgend(e)
fURG	französisches Urheberrechtsgesetz
gl. M.	gleicher Meinung
h. L.	herrschende Lehre
HRegV	Verordnung über das Handelsregister, mit seitherigen Aenderungen
i. S.	im Sinne
KHVS	Kunsthandelsverband der Schweiz
lit.	litera, Buchstabe
m.a.W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
N.	Note, Fussnote
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OR	Obligationenrecht

öURG	österreichisches Urheberrechtsgesetz
Praxis BG	Praxis des Bundesgerichts
RBUe	revidierte Berner Uebereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst
resp.	respektive
schweiz.	schweizerisch
SemJud	Semaine judiciaire
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf 1941 ff.)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich 1904 ff.)
StenBull	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat
StGB	Strafgesetzbuch
Ufita	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht, München
u. U.	unter Umständen
URG	Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, mit seitherigen Aenderungen
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für zürcherische Rechtssprechung (Zürich 1902 ff.)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel 1882 ff.)

LITERATURVERZEICHNIS

Die aufgeführten Arbeiten werden stets mit dem Verfassernamen zitiert, mehrere desselben Autors überdies mit einem in Klammern vermerkten Stichwort.

Allemann, Richard: Begründung und Uebertragung von Rechten an Werken der Literatur und der Kunst, Diss. Zürich 1953

Bappert, Walter/Maunz, Theodor: Verlagsrecht, München 1952

Becker, H.: Obligationenrecht
- I. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Bern 1941
- II. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934

Cramer, Hans-Conrad: Die Behandlung der Kunstfälschung im Privatrecht, Diss. Zürich 1947

Del Bianco, Eric: Le Droit d'auteur et ses limites, Diss. Lausanne 1951

Diggelmann, Jakob: Die Fälschung von Sammlungsobjekten, Diss. Zürich 1915

Elster, Alexander: Urheber-, Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, Berlin und Leipzig 1927

– Arbeitnehmerähnliche Person, in Arbeitsrecht-Blattei 15.3.1976 (310), (Blattei)

Floerke, Hanns: Der niederländische Kunst-Handel im 17. und 18. Jahrhundert, Diss. Basel 1901

Fohrbeck, Karla/Wiesand, Andreas/Woltereck, Frank: Arbeitnehmer oder Unternehmer? Zur Rechtssituation der Kulturberufe, Berlin 1976

Frank, Herbert: Die das Neue nicht fürchten, Düsseldorf 1964

v. Gamm, Otto Friedrich: Urheberrechtsgesetz, München 1968

Gauch, Peter: System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968

Gautschi, Georg: Das Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse
- 3. Teilband, Der Werkvertrag, 2.A., Bern 1967

– 4. Teilband, Der einfache Auftrag, 2. A., Bern 1960
– 6. Teilband, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, 2. A., Bern 1962

Gerstenberg, Ekkehard: Die Urheberrechte an Werken der Kunst, der Architektur und der Photographie, München 1968

Giger, Hans: Systematische Darstellung des Abzahlungsrechts, Zürich 1972

Gilomen, Hermann V.: Absichtliche Täuschung beim Abschluss von Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1950

Guhl, Theo/ Merz, Hans/ Kummer, Max: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1972

Hauffe, H. G.: Der Künstler und sein Recht, München 1956

Hautmann, Wilhelm/ Riedel, Hermann: Das neue Fotorecht, Unter Berücksichtigung der Urheberrechte in Oesterreich und der Schweiz, München 1972

Henrich, Dieter: Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Berlin und Tübingen 1956

Hoffmann, O.: Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person, in Der Betrieb 1958, S. 1071

Hofstätter, Hans H.: Geschichte der Kunst und der künstlerischen Techniken, München 1966

Huber, Gerhard: Der fachlich weisungsfreie Arbeitnehmer, Diss. Zürich 1975

Hubmann, H.: Urheber- und Verlagsrecht, München 1966

Hürlimann, Hans: Der Sukzessivlieferungs-Kaufvertrag, Diss. Bern 1940

Isenschmid, Adolf: Das Verlagsrecht an Werken der bildenden Kunst und der Verlagsvertrag, Diss. Bern 1912

Jäggi, Peter: Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache, in Festschrift für Theo Guhl, Zürich 1950, S. 67-86 (Kauf)

– Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 1a, Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1-17 OR, Zürich 1957 (AE)

Kahmen, Volker: Fotografie als Kunst, Tübingen 1973

Kahnweiler, Daniel-Henry: Meine Maler – meine Galerien, Köln 1961 (Maler/Galerien)

– Juan Gris; Leben und Werk, Teufen 1968 (Gris)

Katz, Alexander: Das Kunstverlagsrecht, in Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1903, S. 361-368

Katz, Hans-Peter: Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Diss. Zürich 1973

Koch, Georg F.: Die Kunstausstellung, Berlin 1967

Kohler, Josef: Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, Stuttgart 1907 (UR)

– Kunstwerkrecht, Stuttgart 1908 (Kunstwerk)

Koschatzky, Walter: Die Kunst der Graphik, Salzburg 1972

Kummer, Max: Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968

Leemann, Hans: Sachenrecht, II. Abt., Bern 1925

Lemp, Paul: Das Eigentum am Erlös aus Kommissionsware, in Zeitschrift für schweizerisches Recht 61 (1942) S. 281-338

Locher, H.: Das Recht der bildenden Kunst, München 1970 (Kunst)

– Aktuelle Fragen aus dem Recht der bildenden Kunst, in Ufita 55 (1970) (Aktuell)

Lüdin, Frank: Das Erlöschen des Verlagsrechtes nach schweizerischem Urheber- und Obligationenrecht, Liestal 1950

Lutz, Martin J.: Die Schranken des Urheberrechts nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1964

Meyer, H. Jakob: Das Urheberrecht an den Werken der Malerei, Diss. Zürich 1923 (UR)

Meyer, Wilfried: Der Schutz gegen Aenderungen und Entstellung von Werken der bildenden Kunst, Diss. Zürich 1936

Meyer-Hayoz, Arthur: Der Trödelvertrag, SJK Nr. 680

Moehring, Philipp/Nicolini, Käte: Urheberrechtsgesetz, Berlin und Frankfurt 1958

Nater, Bruno: Der künstlerische Leistungsschutz, Diss. Zürich 1977

Neumann, Max: Verlags- und Nachdruckrechte bei Werken der bildenden Künste im Anschluss an die Frage von Rechtsschutz der Photographie gegen Nachdruck, Berlin 1866

v. Olenhusen, Götz: Zeitverträge, Kündigungsschutz und Tarifautonomie am Beispiel der sogenannten Künstlerverträge, in Ufita 75 (1976), S. 25-52

Oser, Hugo/ Schönenberger, Wilhelm: Das Obligationenrecht,
- 1. Teil, Art. 1-183 OR, 2. A., Zürich 1929
- 2. Teil, Art. 184-418 OR, 2. A., Zürich 1936

Pedrazzini, Mario M.: Das Ausstellungsrecht an Werken der bildenden Künste, in Schweizerische Mitteilungen über Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1956, S. 72-97

Rapport Clottu: Beiträge für eine Kulturpolitik in der Schweiz, Bericht der eidgenössischen Expertenkommission für Fragen einer schweizerischen Kulturpolitik, Bern 1975

Rehbinder, Manfred: Soziale Sicherung freier Mitarbeiter in rechtssoziologischer Sicht, in: Freie Mitarbeiter in den Rundfunkanstalten, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht, Bd. 14, 1973, S. 17-37 (Mitarbeiter)

– Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. A., Bern 1977 (Arbeitsrecht)

Riedel, Hermann: Fotorecht für die Praxis, München 1961

Rintelen, Max: Urheberrecht und Urhebervertragsrecht, nach österreichischem, deutschem und schweizerischem Recht, Wien 1958

Röthlisberger, Ernst: Schweizerisches Urheber- und Verlagsrecht an Werken der Literatur und Kunst, Zürich 1932

– Schweizerisches Photographenrecht, in: Schweizerische Juristenzeitung 21 (1925), S. 265-271/284-289

Runge, Kurt: Urheber- und Verlagsrecht, Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des internationalen Urheberrechts, der Urheberrechtsreform und der Nachkriegslage, 2 Bde, Bonn 1948

Samson, Benvenuto: Urheberrecht, Pullach bei München 1973

Schmidt, Karsten: Urheberrechtlicher Werkbegriff und Gegenwartskunst, in Ufita 77 (1976), S. 1-52

Schubiger, Alfred: Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Bern 1957

Stämpfli, Jakob: Die Beziehungen zwischen Urheber und Verleger eines Schriftwerkes, Diss. Bern 1947

Stelzer, Otto: Kunstbetrachtung, Berlin 1970

Stelzl, Hans-Joachim: Das Recht der Galerien, Diss. Bielefeld 1974

Streuli, Adolf: Die Rechte der bildenden Künstler und der Photographen in ihren "Werken", Zürich 1952 (Künstler)

- Urheberrecht in der Schweiz, Sonderabdruck der Karten Nr. 635 und 636 der Schweizerischen Juristischen Kartothek, Genf (UR)

Trachsler, Walter: Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme, Diss. Zürich 1975

Troller, Alois: Immaterialgüterrecht
- Bd. I, 2. A., Basel und Stuttgart 1968 (I)
- Bd. II, 2. A., Basel und Stuttgart 1971 (II)

- Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Teilband V 3a, Der Verlagsvertrag, 3. A., Zürich 1976 (Vv)

v. Tuhr, Andreas/ Siegwart, Alfred: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2 Bde., 2. A., Zürich 1942/44

v. Tuhr, Andreas/ Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A., Zürich 1974

v. Tuhr, Andreas/ Escher, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A., Zürich 1974

Tuor, Peter/ Schnyder, Bernhard: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. A., Zürich 1975

Uhlenhuth, Eduard: Das plastische Kunstwerk, Berlin 1864

Ulmer, Eugen: Urheber- und Verlagsrecht, 2. A., Berlin 1960

Vogt, Ursula: Die Freiheit der Kunst im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz, Diss. Zürich 1975

Weber, Hans: Das richterliche Aenderungsrecht bei Dauerverträgen, Diss. Zürich 1924

Weidmann, A.: Das Kommissionsgeschäft, Bd. I, Rostock 1908

Wieland, Karl: Handelsrecht, 2 Bde., München 1921/31

Würtenberger, Thomas: Der Kampf gegen das Kunstfälschertum in der deutschen und schweizerischen Strafrechtspflege, Wiesbaden 1951

Wyss, J.J.: Der Kaufmann als Sammler und Mäzen, Zürich 1942

VORWORT

In dieser Arbeit möchte ich versuchen, die mannigfaltigen Rechtsformen einer Galerie und ihre Beziehungen zur Umwelt zu untersuchen. Ich bin mir bewusst, dass im Kunsthandel wenig Schriftliches vorhanden ist und beinahe alles auf mündlicher Abmachung, auf gegenseitigem Vertrauen beruht. Doch gerade in diese unbestimmten und nirgends festgehaltenen Rechtsverhältnisse etwas Licht zu bringen, scheint mir eine interessante Aufgabe zu sein. Es darf jedoch nie ausser Acht gelassen werden, dass hier die beiden Begriffe Kunst und Recht zusammentreffen. "Wer vollkommene Gerechtigkeit im Alltag sucht, soll den Umgang mit dem Recht der Kunst und der Künstler meiden"[1]. Diese Synthese der Kunst mit dem Recht im Bereiche der Galerie zu analysieren, soll die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein.

---

1 Hauffe XI

§ 1 EINLEITUNG

A. Aufgabe

Der Künstler lebt in der Regel in einer uns fremden, unwirklichen Welt. Wie Wyss treffend formuliert, besteht "zwischen irgend einem Werktätigen, der ruhig von seiner Arbeit lebt, und dem Künstler jener fundamentale Unterschied, dass letzterer eines Mittlers bedarf, der in seiner Laufbahn Brücken schlägt hinüber zum Leben, zum Weiterexistieren, zum mutvollen Weiterschaffen. Dieser Brückenbauer ist der Kunstfreund oder der Mäzen"[1]. In der heutigen Zeit nimmt diese Stellung der Kunsthändler oder die öffentliche Hand ein. Daraus ergibt sich, dass die vornehmlichste Aufgabe der Galerie darin liegt, in wechselnden Ausstellungen zwischen den Schaffenden und dem Publikum zu vermitteln, Werke zu kaufen und zu verkaufen.

B. Entwicklung

I. International

Kunstausstellungen finden sich schon in der späteren Antike anlässlich der griechischen Feste, im Spätmittelalter sodann auf Märkten und in Kirchen. Bis ins 15. Jahrhundert jedoch hatte der Künstler die Stellung eines Handwerkers, der lediglich im Auftragsverhältnis Kunstwerke schuf. So entstanden die grossen Galerien der bekannten Fürstenhäuser in Frankreich und Italien. Die Werke wurden jedoch nicht um ihrer selbst willen in Auftrag gegeben, sondern es wurden damit gleichermassen die Wände der Paläste "tapeziert".

Erst allmählich entwickelte sich aus den Kunstausstellungen der Kunsthandel, insbesondere seit dem 15. Jahrhundert, als der Holzschnitt und der Kupferstich erfunden wurden[2]. In der Folge übernahmen die

---

1 Wyss 4
2 Vgl. Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 6, Stichwort "Kunsthandel"

reichen Kaufleute immer mehr die Sammler- und Mäzenenrolle, die ehemals den Fürsten und Kirchen zugekommen war. Zu Beginn waren es jedoch ausschliesslich Kaufmannsbildnisse, die den Besitzer selten wechselten und deshalb auch zu keinem eigentlichen Handel führten. Als Ursprungsland des Kunsthandels darf wohl Holland bezeichnet werden. Ende des 16. Jahrhunderts setzte sich im Zuge der Aufklärung ein ständig grösser werdender Freiheitsdrang und eine Verherrlichung des Individuums durch. Das Volk wollte nun die eigene Heimat, sein Land und sich selbst sehen. Die holländischen Maler gingen auf diese Forderungen ein und eroberten sich somit ein breites Publikum, welches sich immer mehr für die Kunst zu begeistern vermochte.

Doch erst allmählich überwanden die Künstler die Vormundschaft der Sammler und Auftraggeber und wagten es, selbständige Werke zu schaffen. Kunst wurde dadurch immer populärer und zu einem eigentlichen Handelsobjekt mit bestimmtem Wert.

In den Anfängen vertrieben die Künstler ihre Werke noch selbst auf Jahrmärkten oder Kirchfesten. Erst in der Renaissance traten in Italien die ersten Kunsthändler als Vermittler zwischen Künstler und Käufer auf. Diese erlebten ihre Blütezeit in Holland und Frankreich. Im aufstrebenden, mit der Gründung der ostindischen Kompagnie zur Handelsmacht emporsteigenden Holland entstanden in den Handelsbörsen ständige Kunstausstellungen – die sogenannten Malerkammern – wo der Berechtigte ausstellen konnte und wo der Liebhaber unter Hunderten von Werken die Wahl hatte[1]. Mit ihrer echt demokratischen Lebensauffassung hatten die Holländer den Beweis erbracht, dass die Kunst weder an einen Fürstenhof, noch an die Kirche, noch an die Aristokratie gebunden ist; das Volk war als Macht in die Kunstpflege eingetreten[2]. Durch die steigende Nachfrage wurde Kunst ein immer lohnenderes Handelsobjekt; nebenbei wurde es auch als Zahlungsmittel gebraucht. Dies hatte zwar einerseits zur Folge, dass der Kunsthandel und damit auch die Galerien einen lebhaften Aufschwung nahmen, andererseits aber das Betrübliche, dass der Künst-

1 Vgl. Floerke 53; Koch 62 ff.
2 Vgl. Wyss 6

ler zum Financier, der Sammler zum Spekulanten und der gewissenlose Händler zum Bilderfälscher wurde.

Im Zuge dieser Kunstinflation entstanden anfangs des 17. Jahrhunderts die ersten Kunstauktionen, die sich in der Folge einer zusehends grösseren Beliebtheit erfreuten.

Parallel dazu entwickelte sich seit dem 16. Jahrhundert – zuerst in Italien – der akademische Kunstbetrieb, der auf der Loslösung aus den bisher für das Ausstellungswesen gültigen Zusammenhängen und merkantilen Zweckbestimmungen beruhte. Dieser bestimmte in der Folge, insbesondere in Frankreich, Macht und Mass der künstlerischen Repräsentation in Theorie, Lehre und Gestalt über drei Jahrhunderte hinweg[1]. Die Akademie entwickelte sich ursprünglich aus dem traditionellen Bedürfnis der festlichen Ausschmückung der Festtage, beanspruchte jedoch schon bald die höchste Rangstufe der Kunst. Im Laufe der Zeit wurde die "Académie Royale de Peinture et Sculpture" in Paris federführend unter den europäischen Akademien. Die Kunst wurde hier einem breiten Publikum vorgestellt, welches durch sein Urteil in immer stärkerem Masse Kunst und Künstler beeinflusste. Die Kunst wurde mehr und mehr vereinheitlicht und Aussenseiter konnten lediglich Misserfolg ernten. So wiederspiegelte das Schaffen der Künstler das momentane Empfinden des Volkes. Dieser Prozess führte zunächst zu einer Monopolisierung der künstlerischen Produktion im Rahmen der staatlich privilegierten Institutionen. Die Akademien vertraten die offiziell gültige Auffassung von der Kunst, gegen die alles freie künstlerische Schaffen an Bedeutung verlor[2]. Dieser Monopolisierungsprozess hatte jedoch im Rokoko zunehmend einer Subjektivierung des künstlerischen Schaffens und der Emanzipation des Laienpublikums zu weichen. Es entstand eine Vorliebe für vielfältig differenzierte und bewegliche Liebhaberkunst und die Folge war, dass sich die Künstler vermehrt von der Akademie lösten. Der private Handel fand neuen Zustrom, da auch Aussenseiter wieder eine Chance hatten, ihre

---

1 Vgl. Koch 116 f.
2 Vgl. Koch 251

Werke zu verkaufen. Nicht besonders stark beeinflusst vom Akademiedenken wurde der niederländische Kunsthandel.

Trotz negativer Einflüsse, welche das akademische Ausstellungswesen auf das freie Schaffen der Künstler anfänglich gehabt hat, verdanken wir diesem die Grundideen der modernen Kunstausstellung. Gegenüber den früheren Ausstellungsformen, die entweder als permanente Institution, wie z.B. die niederländische Gildenausstellung, oder als Fest- oder Gelegenheitsausstellungen nur auf wenige Stunden oder Tage beschränkt wurden, erstreckten sich die Ausstellungen der Akademie über eine längere jedoch befristete Zeit[1]. Die Herausgabe gedruckter Verzeichnisse aller ausgestellter Werke darf ebenfalls zu den wichtigsten Neuerungen gezählt werden. Beeinflusst durch die Gepflogenheiten der Kunstausstellungen, welche bis heute als Gegenpol zum privaten Kunsthandel in der modernen Kunstszene eine wichtige Rolle spielen, wurden im Verlaufe der Zeit die Neuerungen des akademischen Ausstellungswesens von den Galerien teilweise übernommen Die private Galerie ist heute zu einer Selbstverständlichkeit geworden und entspricht dem natürlichen Kunstverlangen eines breiten Publikums, Kunst nicht nur betrachten, sondern sie auch kaufen zu können.

II. Entwicklung in der Schweiz

In der Schweiz reichen die ältesten Spuren bildender Künste lediglich bis ins 14. Jahrhundert zurück, da unser Land abseits der grossen Verkehrsstrassen lag und deshalb wenig Beziehungen zu den führenden Kulturzentren besass[2]. Im Zuge der Reformation entstand überdies eine Abkehr von den Bildern, und unermessliche Kunstschätze wurden während des "Bildersturms" zerstört. Als einzige pflegten die alten Bischofssitze Basel und Genf die Kunst und Wissenschaft. Erst um 1800 entstanden allmählich in anderen Städten Kunstsammlungen. Trotzdem war die Kunst-

1 Vgl. Koch 256
2 Vgl. Wyss 13

betätigung in der Schweiz auch fernerhin nicht gerade auf Rosen gebettet wie aus einem Brief von David Hess an einen Berner Kunstfreund aus dem Jahre 1835 hervorgeht: "Jüngere Künstler, die sich allmählich in verschiedenen Fächern heranbilden, gibt es hier viele, und eigentlich nur zu viele, weil der Zeitpunkt der Kunst durchaus ungünstig ist und daher viele besser getan hätten, sich einem ehrlichen Handwerk, das immer seinen goldenen Boden hat, oder irgend einem anderen Lebensberuf zu widmen. Zu den Einheimischen drängen sich noch Ausländer aller Art, die daheim keinen Erwerb und Absatz finden und meinen, in der regenerierten Schweiz, ... hängen alle Bäume voll goldener Aepfel ... So geht es mit den Kunsthandlungen, deren es bald mehr als Käufer gibt ... Der Sommer, die Passagezeit der fremden Zugvögel ist eigentlich immer noch die einzige Ernte für die Kunsthändler, weil sie dann den von der Bergluft noch trunkenen und geblendeten Gentlemen und sentimentalen Deutschen etwas von der Unzahl schweizerischer Vues und Costumes u.s.w. anhängen können, die als Reminiszenzen mitgenommen werden, unsere schweizerische Art und Kunst aber längst zu einer Fabrikation, wie die Kunstdruckerei, herabgewürdigt hat"[1].

Erst mit der Gründung der "Société des Arts" 1776 in Genf nahm das Interesse für Kunst im ganzen Volk zu. Künstler wurden nun gezielt gefördert, unter anderen der grosse Schweizer Maler Ferdinand Hodler. Zudem brachten die deutschen Grosskaufleute, wie z.B. Karl Gustav Henneberg, die Tradition des Kunstsammelns in die Schweiz. Von dieser Entwicklung profitierten auch die Kunsthandlungen.

Der eigentliche Kunsthändler, der sich ausschliesslich mit Bildern, Zeichnungen, Skulpturen und Druckgrafiken beschäftigt, tritt jedoch erst im 20. Jahrhundert auf[2]. Kurz vor 1914 gab es in Zürich, Basel, Luzern, Lausanne und Genf eine kleine Gruppe von Kunsthändlern, die sich hauptsächlich mit dem Bild beschäftigten und Ordnung und Sicherheit in den schweizerischen Bilderhandel zu bringen versuchten. Vor 1914 zeigte

---

1 Wyss 14

2 Vgl. Einleitungswort, in 50 Jahre Kunsthandelsverband der Schweiz, Jubiläumsausstellung mit Werken des 15.-20. Jahrhunderts aus öffentlichem und privatem Besitz, Zürich 1973

die Schweiz auf dem Kunstmarkt - wie oben bereits erwähnt - eine starke Abhängigkeit von den führenden Zentren Paris und London sowie den Staaten Deutschland und Italien. Durch die Kriegswirren, von welchen die Schweiz im Gegensatz zu den umliegenden Ländern weitgehend verschont blieb, ergab sich ein bedeutendes Interesse ausländischer Kunsthandelsfirmen, Filialen auf schweizerischem Boden zu eröffnen. Diese Entwicklung führte zu einem erheblichen Aufschwung des inländischen Kunsthandels nach 1920. Im Jahre 1923 erfolgte in Zürich die Gründung des Kunsthandelsverbandes der Schweiz, "der sich zum Ziele setzte, die Mitglieder zu einem Kunsthandel auf möglichst hoher ethischer Stufe zu verpflichten, gegen Auswüchse im Kunsthandel aufzutreten und die Interessen der Mitglieder nach aussen zu vertreten"[1].

Heute nimmt der Kunsthandel auch in der Schweiz seinen festen Platz ein. Im Zuge der Hochkonjunktur erlebte er, wie so viele andere Geschäftszweige, eine besonders starke Blütezeit; für Kunstwerke wurden astronomische Preise bezahlt. Durch die in jüngster Zeit eingetretene Rezession wurde jedoch auch der Kunsthandel in Mitleidenschaft gezogen. Insbesondere kleinere und jüngere Galerien, die sich auf gewagte Experimente eingelassen haben, wurden von dieser rückläufigen Tendenz betroffen. Viele mussten ihre Lokalitäten schliessen, da sich der Kunstliebhaber immer stärker darauf verlegte, nicht nur Kunst, sondern auch sichere Kapitalwerte zu erstehen. Berühmte und teure Kunstobjekte werden dieser Forderung eher gerecht, womit jedoch kapitalkräftige Galerien eindeutige Vorteile gegenüber den anderen aufweisen.

Andererseits ist zu bemerken, dass gerade durch die anhaltende Rezession Exzesse im Kunsthandel keine Ueberlebenschance hatten; eine positive Auswirkung der rückläufigen Konjunkturentwicklung! Im Publikum trat gewissermassen eine Zeit der Besinnung ein. Es bleibt heute zu hoffen, dass im Zuge einer Erholung der schlechten Marktlage vermehrt seriöse Galerien mit dem nötigen Kapitalbedarf und fundierten Branchenkenntnissen entstehen, welche auch nicht davor zurückschrecken, Aussenseiter zu lancieren, um dadurch der Kunstszene neue Impulse zu geben.

1 50 Jahre Kunsthandelsverband der Schweiz, a.a.O.

C. Rechtliche Stellung im Verkehr

Der Kunsthändler erwirbt und verkauft Kunstwerke in eigenem Namen sowohl auf eigene Rechnung als auch auf Rechnung Dritter. Dadurch übt er ein Handelsgewerbe gemäss Art. 53 HRegV aus, wodurch er der Eintragungspflicht des Art. 52 HRegV in das Handelsregister am Orte seiner Hauptniederlassung unterliegt. Ausgenommen von dieser Pflicht sind diejenigen Gewerbetreibenden, deren jährliche Roheinnahmen die Summe von Fr. 100'000.-- nicht erreichen (Art. 54 HRegV). Nicht unter diese Bestimmung fallen jedoch Kunsthändler - auch wenn ihre Roheinnahmen unter Fr. 100'000.-- pro Jahr liegen - die sich als Kommissionäre betätigen; diese haben sich ohne Ausnahme im Handelsregister einzutragen.

Zur Ausübung des Kunsthandels sind sowohl Einmannunternehmen als auch Handelsgesellschaften denkbar. Insbesondere kleinere Galerien werden in der Regel als Einmannbetrieb geführt und als solche ins Handelsregister eingetragen (Art. 934 Abs. 1 und 2 OR). Dies sollte bereits aus der Firma, "den für den rechtlich massgebenden Verkehr gewählten Namen einer kaufmännischen Unternehmung"[1], ersichtlich sein; viele Galerien tragen die Namen ihrer Besitzer, da gemäss Art. 945 OR derjenige, welcher als alleiniger Inhaber ein Geschäft betreibt, "den wesentlichen Inhalt seiner Firma aus dem Familiennamen mit oder ohne Vornamen bilden" muss.

Für bedeutendere, eventuell mehrere Zweiggeschäfte im In- und Ausland umfassende Galerien wird sinnvollerweise die Form einer Aktiengesellschaft (Art. 620 ff. OR) oder ähnlich organisierter Gesellschaften gewählt. Bezüglich der Gesellschaftsfirmen gelten die Art. 947 OR.

Art. 957 OR statuiert für diejenigen Firmen, welche sich ins Handelsregister einzutragen haben, die kaufmännische Buchführungspflicht. Aus dieser müssen laut Gesetz sowohl "die Vermögenslage des Geschäftes" als auch "die mit dem Geschäftsbetrieb zusammenhängenden Schuld-

---

1 Guhl/Merz/Kummer 741

und Forderungsverhältnisse sowie die Betriebsergebnisse der einzelnen Geschäftsjahre" ersichtlich sein. Unterlassung der Buchführungspflicht oder falsche Buchführung können u.U. strafrechtliche Folgen nach sich ziehen (Art. 166 und 163 StGB).

Durch den Betrieb eines Handelsgewerbes wird der Kunsthändler oder Galerist als Kaufmann im rechtlichen Sinne betrachtet[1]. Beziehungen zwischen Kunsthändlern oder Galeristen untereinander werden somit den Bestimmungen über den kaufmännischen Verkehr unterstellt (vgl. insbesondere Art. 104 Abs. 3 OR, Art. 190 und 215 OR). Geschäfte zwischen Kunsthändler oder Galeristen und Künstlern oder Käufern regeln sich gemäss den allgemeinen Bestimmungen für Geschäfte unter Privatleuten. Vorbehalten bleiben Usancen und bestimmte Vereinbarungen[2].

Im allgemeinen Sprachgebrauch sind die Bezeichnungen Kunsthändler und Galerist gebräuchlich, jedoch nicht juristisch zu verstehen. Der Galerist der eine Galerie, d.h. eine öffentlich zugängliche Verkaufsausstellung betreibt, ist zugleich auch Kunsthändler; nicht jeder Kunsthändler jedoch ist Galerist[3]. Der Kunsthändler braucht nicht unbedingt eine Galerie zu betreiben. Er kann seine Kunstwerke auch in gewöhnlicher Art und Weise in einem Ladengeschäft lagern.

---

1 Wieland, Bd. I, 82
2 Vgl. z.B. Usancen des KHVS
3 Vgl. Stelzl 4

§ 2 DER KUNSTHANDELSVERBAND

Wie bereits erwähnt erfolgte im Jahre 1923 die Gründung des Kunsthandelsverbandes der Schweiz (KHVS), eines Vereins im Sinne von Art. 60ff. ZGB. Als Zweck wird in § 1 der Statuten die Förderung der gemeinschaftlichen Interessen genannt. Um dieses Ziel verfolgen zu können, wurden Usancen zur Regelung des Verkehrs der Mitglieder des KHVS unter sich, mit anderen Kunsthändlern und mit dem Publikum geschaffen (vgl. § 1 der Usancen). Diese betreffen insbesondere das An- und das Verkaufsgeschäft, das Kommissions- und das Vermittlungsgeschäft, die Auktionen sowie Schätzungen und Expertisen im Kunsthandel. § 44 der Usancen legt sodann fest, dass Streifälle gemäss § 1 Ziff. 4 der Verbandsstatuten durch Schiedsgerichte erledigt werden. Dies bewirkt unter anderem, dass äusserst selten Prozesse der Kunstszene an die Oeffentlichkeit gelangen.

Dem KHVS darf zugute gehalten werden, dass er sich gegen Auswüchse im Kunsthandel wehrt und versucht, solide und auf praktischen Erfahrungen beruhende Geschäftsgrundsätze aufrecht zu erhalten. Für den Käufer dürfte es von Vorteil sein, sich über die Zugehörigkeit einer Galerie oder eines Kunsthändlers zum KHVS und dessen Usancen zu informieren.

§ 3 DIE EINZELNEN RECHTSVERHAELTNISSE

A. Rechtsverhältnis zwischen Galerie und Künstler

I. Einleitung

Anlässlich eines Interviews von Francis Crémieux mit dem berühmten Kunsthändler Daniel-Henry Kahnweiler antwortete letzterer auf die Frage, nach welchen allgemeinen Regeln sich die Beziehungen zwischen Händler und Maler richten würden: "Ein junger Jurist veröffentlichte soeben ein Buch über Verträge zwischen Künstlern und Kunsthändlern, das meiner Ansicht nach recht naiv ist. Ich habe in der Praxis nie von einem einzigen Fall gehört, bei dem es nach einem Vertrag zu einem Prozess gekommen wäre. Die Beziehungen zwischen Händler und Maler sind immer eine Sache des guten Glaubens. Sicher wurden Kontrakte gebrochen, aber Prozesse wurden vermieden. Es gab bisher nur einige Prozesse nach dem Tod von Malern und Händler"[1]. Richtig ist sicher, dass im Kunsthandel vieles auf gegenseitigem Vertrauen und gutem Glauben basiert. Doch darin stimmt der Kunsthandel mit zahlreichen anderen Handelsbeziehungen überein. Aus diesem Grunde erscheint es mir keinesfalls als naiv, die Rechtsbeziehungen zwischen Künstler und Kunsthändler zu untersuchen und im einzelnen darzulegen. Vielleicht gelingt es sogar, das Interesse des einen oder anderen im Kunsthandel Engagierten zu wecken; für den Juristen scheint es m. E. auf jeden Fall eine dankbare und interessante Arbeit zu sein. Sodann ist auch zu berücksichtigen, dass immer häufiger Prozesse zwischen Künstlern und Kunsthändlern geführt werden, insbesondere nach dem Ableben des einen oder des anderen[2].

---

1 Kahnweiler, Maler/Galerien, 73

2 Neben vielen sei hier lediglich auf einen sehr bekannten amerikanischen Prozess bezüglich des abstrakten Expressionisten Mark Rothko hingewiesen, In the Matter of the Estate of Mark Rothko, in: Performing Arts Review, (1975-76), S. 190 ff.; 7(1977), S. 161 ff., 279 ff.

II. Der Ankauf von Werken

Im normalen Geschäftsbereich einer Galerie lassen sich zwei Hauptgruppen von Rechtsverhältnissen unterscheiden: nämlich der Ankauf des Kunstwerkes und der Verkauf. Der Ankauf erfolgt entweder vom Künstler und zugleich auch Urheber des Werkes selbst oder von einem Dritten, der Eigentümer, aber nicht Urheber ist.

1. Der einfache Kauf

Es handelt sich hierbei um ein Rechtsgeschäft, bei welchem sich der Künstler verpflichtet, dem Kunsthändler das Werkexemplar zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen; der Kunsthändler seinerseits verspricht dem Künstler die Zahlung des Kaufpreises (vgl. Art. 184 Abs. 1 OR). Der Abschluss des Vertrages erfolgt in der Regel mündlich[1].

Unterschiedlich gestaltet sich die Kontaktaufnahme zwischen dem Kunsthändler einerseits und dem bekannten oder dem unbekannten Künstler. Der bekannte Künstler hat schon des öftern ausgestellt, sich einen Namen geschaffen und womöglich Kunstpreise gewonnen. In diesem Falle versucht der Kunsthändler, den Künstler für seine Galerie zu gewinnen. Er setzt sich mit ihm in Verbindung und sucht sich in dessen Werkstatt diejenigen Werke aus, von denen er sich einen Verkaufserfolg verspricht. Der Preis richtet sich im allgemeinen nach dem momentanen Marktpreis, sodann aber auch nach Grösse und Qualität des Werkes. Bei längerdauerndem geschäftlichem Kontakt sind feste Sätze vereinbart, die je nach Grösse des Werkes variieren.

Der unbekannte Künstler ist darauf angewiesen, seine Werke in einer Galerie ausstellen zu können. Er muss sich erst einen Namen schaffen. Da ihn niemand kennt, bietet er seine Arbeiten den Kunsthändlern

---

1 Vgl. Fohrbeck/Wiesand/Woltereck 478 ff., wo ein interessantes Muster über einen Verkaufs- resp. Rechtsabtretungsvertrag für bildende Künstler abgedruckt ist; vgl. auch Locher, Kunst 327/328

an; oft mit jahrelangem Misserfolg. Der Kunsthändler diktiert den Preis, ansonsten er nicht bereit wäre, dem Künstler Werke abzunehmen. Er versucht, die Preise möglichst tief zu halten, weil ein Verkaufserfolg äusserst unsicher ist. Dem Künstler bleibt in der Regel keine andere Wahl, als die ihm offerierten Konditionen zu akzeptieren.

Beim bekannten Künstler liegt - im Gegensatz zum unbekannten, der seine Kunstwerke zum Händler bringt - eine Hohlschuld des Kunsthändlers vor. Leistungsort ist der Wohnsitz des Künstlers oder der Ort, wo sich die Werke zur Zeit des Vertragsabschlusses befinden (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2/3 OR). Ziff. 3 der zit. Gesetzesbestimmung kann sich jedoch nur auf denjenigen Fall beziehen, wo sich das Kunstwerk mit Wissen beider Parteien an einem anderen Ort als dem Wohnort des Künstlers befindet[1]. Andernfalls könnte der Künstler, wenn sich die Werke ohne Wissen des Kunsthändlers im Ausland befänden, diese dort anbieten, was ohne Zweifel stossend wäre. Handelt es sich um mehrere Werke, begründen die Parteien häufig als Nebenpflicht eine Versendungsschuld (auch Schickschuld genannt). Der Kunsthändler trägt dann in der Regel die Transportkosten (Art. 189 Abs. 1 OR). Da meistens keine zusätzlichen Abreden erfolgen, kommen im weiteren die Bestimmungen des OR über den Kauf (Art. 184 ff. OR) zur Anwendung.

Ungeklärt kann die Frage bezüglich der zugesicherten Eigenschaften des Kunstwerkes sein. Für den Kunsthändler ist es von Wichtigkeit, dass der Künstler auch wirklich der Urheber der ihm angebotenen Werke ist. Andernfalls könnte der Wert derselben und damit die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauche, d.h. zu einem gewinnbringenden Verkauf aufgehoben oder erheblich gemindert werden (Art. 197 Abs. 1 OR). Inwieweit der Kunsthändler die Urheberschaft des Künstlers ohne weiteres annehmen darf, wenn dieser ihm ein Werk anbietet, ist umstritten. Die blosse Angabe des Verkäufers, die Kaufsache habe einen bestimmten Wert, stellt nämlich noch keine Zusicherung i.S. von Art. 197 OR dar[2]. Immerhin kann unter besonderen Umständen - z.B. gerade bei Kunstgegenstän-

---

1 Vgl. v. Tuhr/Escher 42; Oser/Schönenberger, N 16 zu Art. 74 OR
2 BGE 91 II 353

den – in der Wertangabe und in der Preisbestimmung eine Echtheitsgarantie und damit eine Eigenschaftszusicherung liegen[1]. Eine absolute Zusicherung der Urheberschaft des Künstlers liegt jedoch nur dann vor, wenn er dies eindeutig zu erkennen gibt. Troller[2] geht diesbezüglich sehr weit, wenn er für alle immaterialgüterrechtlichen Verträge Art. 381 Abs. 2 OR analog anwenden will. Dieser besagt, dass der Verlaggeber dem Verleger dafür einzustehen habe, "dass er zur Zeit des Verlagsabschlusses zu der Verlagsgabe berechtigt war, und wenn das Werk schutzfähig ist, er das Urheberrecht daran hatte." Daraus würde sich ergeben, dass immer – auch bei Stillschweigen – eine Garantie der Urheberschaft des Künstlers vorhanden wäre. Diese analoge Anwendung geht zu weit; eine stillschweigende Garantie kann ausserhalb des Verlagsrechtes m. E. nur dann vorliegen, wenn der Kunsthändler aus dem Verhalten des Künstlers eindeutig auf dessen Urheberschaft schliessen durfte. Es muss hier im einzelnen auf den besonderen Fall abgestellt werden.

Sodann stellt sich die Frage beim Verkauf des Werkes, welche Rechte dem Kunsthändler durch den Ankauf zukommen. Mit der Uebertragung des Eigentums an einem Werkexemplar geht das Urheber- bzw. das Nutzungsrecht grundsätzlich nicht über und umgekehrt[3], nicht einmal dann, wenn es sich um das Originalexemplar handelt (Art. 9 Abs. 3 URG). Es muss somit unterschieden werden zwischen dem Eigentum am Werkexemplar und dem geistigen Eigentum an der Schöpfung. Auch nach dem Verkauf stehen dem Künstler immer noch die Rechte aus dem geistigen Eigentum zu.

Von Wichtigkeit sind diesbezüglich die Ausschliesslichkeitsrechte (Art. 12 URG). Damit sind diejenigen Befugnisse gemeint, die dem Urheber die Macht verleihen, Dritten die bestimmungsgemässe Benutzung des Werkes zu verbieten, soweit nicht das Gesetz diese Herrschaft durch Ausnahmen einschränkt[4]. Schon das Recht zum Verkauf ist ein Aus-

---

1 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 332
2 Troller II 984
3 Möhring/Nicolini § 44 Anm. 1b
4 Vgl. Troller I 74

schliesslichkeitsrecht (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 URG). Abreden über weitere Ausschliesslichkeitsrechte werden in der Regel beim Ankauf der Werke durch den Kunsthändler nicht getroffen. Dem Urheber steht jedoch die Befugnis zu, jedes einzelne Ausschliesslichkeitsrecht auch einzeln zu übertragen[1]. Eines der wichtigsten Rechte für den Galeristen ist wohl das Ausstellungsrecht, welches für ihn unerlässlich ist. Obgleich sicherlich zahlreiche, vom Urheber nicht bekanntgemachte Werke in Ausstellungen gelangten, sind in der Schweiz meines Wissens noch keine Dispute über das Ausstellungsrecht an veräusserten Werken entstanden. Dieses würde grundsätzlich dem Urheber zustehen, solange das Werk nicht öffentlich bekanntgegeben worden ist (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 4 URG). Der Künstler rechnet aber offenbar damit, dass durch den Ankauf der Werke durch den Kunsthändler gleichzeitig auch das Ausstellungsrecht auf ihn übergehen soll. Nicht zuletzt liegt dies auch im Interesse des Künstlers. Wird der Absatz seiner Werke durch eine Ausstellung doch höchstens begünstigt.

Bestehen jedoch gewisse Zweifel, inwieweit Teilrechte auf den Kunsthändler übergegangen sind, ist Art. 9 Abs. 2 URG massgebend, wonach die Uebertragung eines im Urheberrecht enthaltenen Rechtes die Uebertragung anderer Teilrechte nicht in sich schliesst, wenn nicht etwas Gegenteiliges vereinbart worden ist. Der Kunsthändler wird also mit Vorteil alle benötigten Teilrechte durch den Urheber ausdrücklich auf ihn übertragen lassen, was jedoch in der Praxis – wie bereits erwähnt – äusserst selten vorkommt.

---

1 Vgl. dazu ausführlich unten § 4 E; die Ausschliesslichkeitsrechte im einzelnen und ihre Auswirkungen werden aus systematischen Gründen unter § 4 (Urheberrechte) eingehend behandelt, da sie nicht nur beim Kaufvertrag, sondern auch bei allen übrigen Rechtsgeschäften zwischen Künstler resp. Urheber und Dritten ihre Wirkungen entfalten.

2. Besondere Arten des Kaufes

a) Der Kauf von Grafik

aa) Begriff der Grafik

Der Begriff "Grafik" wird sehr unterschiedlich gebraucht. Man hat zu unterscheiden zwischen der Grafik im weiteren und der Grafik im engeren Sinn. Versteht man Grafik im weitesten Sinn als den Sammelbegriff aller Tätigkeiten zeichnerischen Bildgestaltens, also sämtliche Erscheinungsformen künstlerischer, technischer und industrieller Zeichnung sowie deren manuell – drucktechnische Vervielfältigung, so beschränkt sich die engere Begriffsverwendung allein auf die künstlerische Druckgrafik. Verwendet man also die Bezeichnung Grafik, so muss man sich dessen bewusst sein, dass dieser Begriff mehrdeutig ist[1].

Die Erfindung des Bilddrucks geht auf das Ende des 14. Jahrhunderts zurück. Druck heisst ganz allgemein, dass mit Druckfarbe auf einer Druckform mit geeigneten Mitteln lineare oder flächige Gebilde aufgepresst werden und danach auf Papier oder ein anderes als Druckträger geeignetes Material wiederholt übertragen werden können[2].

Das druckgrafische Verfahren lässt sich in Hochdruck, Tiefdruck, Flachdruck, Durchdruck und andere seltenere Verfahren wie Monotypie und Glasklischeedruck aufteilen. Rechtlich werden alle diese Arten gleich behandelt.

Zur Herstellung einer Grafik fertigt der Künstler zuerst einen Druckträger (aus Metall, Holz, Stein etc.) an, d.h. er entwirft mit Werkzeugen auf diesem Druckträger ein Bild. In speziellen Verfahren werden dann unter Hinzugabe von Farben Abzüge auf Papier oder anderen Materialien erstellt. Diese Blätter werden als Originalgrafik bezeichnet[3].

---

1 Vgl. Koschatzky 10
2 Vgl. Koschatzky 10
3 Vgl. Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 5, Stichwort "Graphik"

bb) Arten des Kaufes

Zur wirtschaftlichen Verwertung der Grafik stehen dem Künstler folgende Möglichkeiten offen:

1. Das beim einfachen Kauf Ausgeführte[1] gilt dann, wenn der Künstler den Druckträger herstellt, den Druck selbst vornimmt und seine von ihm bestimmte Auflage signiert und limitiert. Nach Fertigstellung der Auflage vernichtet er die Druckform, resp. macht sie unbrauchbar durch Einkratzen. Dieser Fall ist allerdings eher selten, da der Künstler zwar die Fertigkeit hat, einen Druckträger herzustellen, die weiteren Verfahren jedoch oft einem Fachmann überlässt. Den Druck selbst nehmen insbesondere junge unbemittelte Künstler vor, denen die finanziellen Mittel zum Druckenlassen fehlen.

Bei dieser Art des Verkaufs ist zu unterscheiden, ob der Künstler seine gesamte Auflage geschlossen oder einzelne Grafikblätter an den Kunsthändler abgibt.

Der Wert einer Grafik hängt massgeblich von der Auflage ab, d.h. der Gesamtzahl der Abzüge sowie der Nummer des Abzuges. Zur Bestätigung numeriert der Künstler jedes einzelne Blatt eigenhändig. Dies geschieht in Form eines Bruches, wobei der Nenner die Auflage, der Zähler die Blattnummer bedeutet. So will etwa 12/100 besagen, dass es sich um das zwölfte gedruckte Blatt von insgesamt 100 Abzügen handelt.

Beim Kauf einzelner Blätter muss sich der Kunsthändler mit der Nummernzahl als Garantie für die Auflage zufriedengeben. Die Gefahr eines Missbrauchs durch den Künstler kann er nur dadurch ausschliessen, dass er die ganze Auflage "en bloc" übernimmt und den Künstler gleichzeitig zur Vernichtung des Druckträgers verpflichtet. Rechtlich gesehen handelt es sich bei der Vernichtung des Druckträgers um eine Nebenpflicht, die als Inhalt des Vertrages innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden kann (Art. 19 OR).

2. Die zweite Möglichkeit für den Künstler besteht darin, dass er zwar selbst die Druckform herstellt, sich dann aber an den Galeristen

---

1 Vgl. oben § 3 A II 1

wendet, welcher seinerseits einen professionellen Drucker zur Hand hat, der den handwerklichen Teil des Auflagedruckes übernimmt. Teilweise ist der Kunsthändler sogar selbst in der Lage, die Abzüge herzustellen. Der Künstler verkauft also dem Kunsthändler nicht die Grafik selbst, sondern den Träger, um davon Abzüge herstellen und diese verbreiten und verkaufen zu lassen. Rechtlich liegt kein Kaufvertrag mehr, sondern ein Verlagsvertrag vor (Art. 380 ff. OR)[1].

b) Der Kauf von Plastik

Eine Plastik kann auf ganz verschiedene Art hergestellt werden. So entsteht beim Bildhauer, der eine Steinplastik schafft, ein einmaliges Exemplar, wie dies auch auf das Gemälde zutrifft. Der Kauf einer solchen Plastik unterscheidet sich weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht vom Kauf eines Gemäldes, weshalb auf das unter § 3 A I 1 Gesagte verwiesen werden kann. Der Künstler kann jedoch auch eine Form herstellen, in welcher dann die Plastik gegossen wird. Diese Form entspricht der Druckform bei der Grafik. Durch die Form gewinnt der Künstler die Möglichkeit, nicht nur ein Exemplar, sondern mehrere gleiche Plastiken herzustellen. Auch diese werden dann in der Regel numeriert und signiert, d.h. es entsteht eine beschränkte Auflage. Es kann deshalb hierzu auf die Ausführungen beim Kauf im Bereiche der Grafik unter lit. bb verwiesen werden.

c) Der Kauf von Fotografie

aa) Der Begriff der Fotografie

Unter Fotografie im technischen Sinne versteht man die "Erzeugung dauerhafter Abbildungen durch Strahlungen, insbesondere durch sichtbares Licht

---

1 Der Verlagsvertrag wird an anderer Stelle ausführlich behandelt, vgl. unten § 3 IV

(Lichtbild), auf einem Material, dessen chemische oder physikalische Eigenschaften sich unter der Strahlenwirkung verändern"[1]. Am gebräuchlichsten ist ein Fotoapparat oder eine Filmkamera, in denen eine lichtempfindliche Schicht auf einem Glas- oder Kunststoffträger (fotografische Platte und Filme) belichtet und das entstandene latente Bild durch Entwickler sichtbar gemacht wird[2]. Die Werke der Fotografie einschliesslich der durch ein verwandtes Verfahren hergestellten Werke (Art. 2 URG) stehen unter dem Schutz des schweizerischen Urheberrechts. Fotografieähnliche Verfahren sind vor allem die grafischen Druckverfahren.

bb) Fotografie als Werke im Sinne des URG

Erst in jüngster Zeit hat die Fotografie in grösserem Umfange als Kunsthandelsobjekt Eingang in Galerien und Kunstausstellungen gefunden. Lange Zeit wurde ihr der Gehalt eines Kunstwerkes abgesprochen; Fotografie war keine Kunst, sondern objektive und sachliche Reproduktion der Umwelt. Immerhin gewährte schon das BG betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 23. April 1883 in Art. 9 unter gewissen Bedingungen "Erzeugnissen der Fotografie und anderen ähnlichen Werken" Schutz[3]. Auch in den internationalen Abkommen zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst wurde die Fotografie berücksichtigt[4]. Sie wurde jedoch den Werken der Literatur und Kunst lediglich zur Seite gestellt und nicht in den Begriff miteinbezogen. Dies verdeutlich auch die abgesonderte Stellung des Artikels in verschiedenen Gesetzestexten, so auch in demjenigen des schweizerischen URG. Lange Zeit wurde die Sonderstellung der Fotografie damit begründet, dass sie keine eigentümliche Gestaltung des Geschehens, des Geschauten oder des innerlich Erlebten, sondern nur eine mit technischen Mitteln bewirkte bildliche Fest-

---

1 Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 9, Stichwort "Photographie"
2 Vgl. Brockhaus Enzyklopädie, a.a.O.
3 AS, neue Folge, Band VII, 263
4 Vgl. BUe, revidiert in Berlin am 13. November 1908, Art. 3

legung eines Ausschnittes der Aussenwelt sei, wie geschickt und künstlerisch diese Mittel im einzelnen Fall auch gehandhabt sein mögen[1]. Mit den Jahren erst hat sich die Meinung durchgesetzt, dass die Fotografie keineswegs eine rein technisierte, von der Individualität der Fotografie unabhängige Wiedergabe des Gegenstandes und somit etwas Unkünstlerisches sei[2]. Praktisch hat der Fotograf weite Möglichkeiten zur Gestaltung von fotografischen Aufnahmen. Anlässlich der Brüsseler Konferenz wurde die BUe dahingehend revidiert, dass die Fotografien in den Begriff der Werke der Literatur und der Kunst miteinbezogen wurden[3]. Immerhin deutet die Möglichkeit der besonderen Regelung der Schutzdauer in Art. 7 Abs. 3 RBUe darauf hin, dass die Fotografie in einigen Ländern noch heute nicht den übrigen Werken der Literatur und Kunst gleichgestellt werden.

Heute sind in der Schweiz Fotografien geschützt, sofern ihnen Werkcharakter zukommt; es dürfte jedoch bei der Fotografie noch erheblich schwieriger als bei anderen Kunsterzeugnissen sein, festzustellen, ob es sich nun tatsächlich um ein Werk im Sinne des URG handelt. Die Rechtsprechung hat sich hierzu noch nie geäussert. Wie die Praxis zeigt, werden urheberrechtliche Ansprüche von Fotografen bei rechtlichen Auseinandersetzungen meistens im vorprozessualen Stadium anerkannt; Troller[4] ist hier der Meinung, dass bei ernsten Zweifeln über die Kunstwerkeigenschaft (z.B. aktuelle Gelegenheitsfotografien, die in Zeitungen veröffentlicht werden) der Streitwert in der Regel den Aufwand nicht lohne. In den letzten Jahren erzielten jedoch gerade auch Fotografien im Handel immer höhere Preise und es lässt sich angesichts dieser Tatsache mit Fug fragen, ob eine solche Unsicherheit weiter tragbar ist. Eine eingehende Abklärung dieses Problems kann jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit sein. Immerhin ist folgendes anzuführen: Nach

---

1 Vgl. z.B. den Entwurf eines Gesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur, der Kunst und der Photographie (mit Begründung), veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1932.

2 Vgl. Brockhaus Enzyklopädie, a.a.O.

3 BUe, revidiert in Brüssel am 26. Juni 1948

4 Troller I 496

Troller[1] lässt das schweiz. URG eine Gleichstellung der nicht originellen Lichtbilder mit den Werken der Kunst nicht zu. Zwar seien sie in Art. 2 URG auch gesondert aufgeführt; ebenso aber die Sammlungen in Art. 3 URG erwähnt, wobei nicht daran gezweifelt werden könne, dass der Schutz nur den originellen zukomme. Zudem lege das Mariginale "Werke der Photographie" die Beschränkung des Schutzes auf künstlerische Lichtbilder nahe. Schliesslich sei ja auch die Schutzfrist nicht gekürzt. Nach geltendem schweiz. Recht könne daher nur die der Bildform (innere Form) und nicht dem Inhalt nach originelle Fotografie die materielle Grundlage des urheberrechtlichen Schutzes bilden. Auch wenn dieser Auffassung zuzustimmen wäre, ist das Problem der Grenzziehung zwischen originellen und nicht-originellen Fotografien noch keineswegs gelöst. Die differenzierten Gesetzestexte verschiedener Länder zeigen die Schwierigkeit dieses Problems auf; Frankreich z.B. hat den urheberrechtlichen Schutz auch auf nicht künstlerische Aufnahmen ausgedehnt[2] und umgeht dadurch die Abklärung der heiklen Frage, wo das Künstlerische bei der Fotografie beginnt, resp. aufhört. Ulmer[3] wiederum erwog die Lösung im Sinne eines Leistungsschutzes, d.h. dem Urheber künstlerischer Fotografien wird voller Urheberschutz zuteil, dem Hersteller sonstiger Lichtbilder dagegen lediglich ein Leistungsschutz von kürzerer Dauer und ohne persönlichkeitsrechtliches Gehalt. Diese Lösung findet sich z.T. in italienischen, österreichischen und deutschen Urheberrechtsgesetzen. Doch auch mit dieser Lösung ist die Frage des Künstlerischen in der Fotografie keineswegs gelöst, und es werden sich nach wie vor schwierige Abgrenzungsprobleme stellen.

cc) Der Vertrag

Der Fotograf hat einerseits die Möglichkeit, von seinem Negativ einen Abzug herzustellen und danach das Negativ zu vernichten oder sich we-

---

1 Troller I 499
2 Droit d'Auteur, 1944, S. 20 und 1946, S. 82 und 100.
3 Ulmer 423; vgl. auch Runge I 332

nigstens der Herstellung weiterer Abzüge zu enthalten; die Fotografie wird dadurch zum Einzelstück, womit im allgemeinen auf die Ausführungen beim einfachen Kauf verwiesen werden kann[1].

Schwierigkeiten ergeben sich insofern, als es dank moderner Technik möglich ist, vom Positiv wiederum ein Negativ herzustellen und von diesem erneut unbestimmt viele Abzüge anzufertigen. Es besteht also nicht, wie dies etwa bei Gemälden der Fall ist, eine an Sicherheit grenzende Unmöglichkeit einer genauen Reproduktion. Die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung urheberrechtlicher Befugnisse bei der Fotografie ist deshalb relativ hoch.

Eine andere Möglichkeit besteht in der Herstellung einer begrenzten Auflage. Das Negativ entspricht der Druckplatte bei der Grafik, die Abzüge den einzelnen Grafikexemplaren. Bei der Fotografie entspricht es jedoch eher der Regel, dass der Fotograf die Abzüge selbst herstellt, da insbesondere die Art der Auswertung eines Negativs von Bedeutung sein kann; denkbar wäre aber auch ein Verlagsvertrag[2] oder ein Kommissionsverlag[3]. Die selbsthergestellten Abzüge kann der Fotograf "en bloc" oder einzeln an den Kunsthändler verkaufen. Auch hier werden – gleich wie bei der Grafik – die einzelnen Abzüge numeriert und signiert. Im übrigen kann dazu auf die Ausführungen über den Kauf im Bereiche der Grafik verwiesen werden[4].

Heute bestehen bereits seit einiger Zeit Galerien, die ausschliesslich Fotografien verkaufen und einen relativ guten Erfolg verzeichnen können. Fotografie als Kunst und insbesondere als bleibende Kapitalanlage scheint m. E. jedoch erst einen kleineren Kreis von Interessenten gefunden zu haben; Fotografie als anerkannte Kunst kann sich in weiten Kreisen des Publikums erst allmählich durchsetzen, doch scheint ihr eine erfolgreiche und vielversprechende Zukunft bevorzustehen.

---

1 Vgl. oben § 3 A II 1
2 Vgl. unten § 3 A IV
3 Vgl. unten § 3 A VI
4 Vgl. oben § 3 A II 2 a

d) Das Werk auf Bestellung

Gewisse Autoren äussern sich dahingehend, dass der Werkbestellungsvertrag im Kunsthandel keine grosse Rolle spiele, da der Kunsthändler eine vertragliche Bindung vornehmlich für fertiggestellte Werke eingehen werde, weil erst nach deren Fertigstellung die künstlerische Qualität und die kaufmännische Verwertbarkeit beurteilt werden könne[1]. Dieser Auffassung ist nur teilweise beizupflichten. Für die Bedeutung des Bestellvertrages im Kunsthandel ist m.E. die bei Rintelen[2] getroffene Unterscheidung eines Bestellvertrages im engeren Sinne und eines solchen im weiteren Sinne ausschlaggebend. Unter Bestellvertrag im engeren Sinne ist derjenige zu verstehen, bei welchem der Besteller den Gegenstand und die Methode der Ausarbeitung so genau angibt, dass der Bearbeiter nur als Gehilfe des Bestellers, als der Ausführende einer fremden Idee erscheint. Diese Art von Vertrag ist Gegenstand des Art. 393 OR und bezeichnenderweise bestimmt Abs. 2 dieser Vorschrift, dass das Urheberrecht am Werk dem Verleger (Besteller) zustehe[3]. Eine solche Art der Zusammenarbeit ist im Kunsthandel eher unwahrscheinlich oder immerhin äusserst selten; ein Kunsthändler wird schwerlich einem Künstler minutiöse Weisungen erteilen wollen oder können und der Künstler wird sich gegen eine solche Abhängigkeit und Einschränkung seiner persönlichen Schaffensfreiheit verwahren. So spielt der Bestellvertrag in dieser Art, d.h. im engeren Sinne - und hier geht der Verfasser mit Rintelen einig - im Kunsthandel keine bedeutende Rolle.

Anders dagegen verhält es sich mit dem Bestellvertrag im weiteren Sinne. Hier lässt der Kunsthändler dem Künstler grösstmöglichste oder sogar gänzliche Freiheit in der Gestaltung und Ausführung seiner Werke. Gerade bei namhaften Künstlern ist der Kunsthändler oftmals vornehmlich an der Signatur interessiert; was z.B. mit Picasso unterzeichnet ist, lässt sich stets gut verkaufen! Der Inhalt des Werkes spielt

1 Vgl. z.B. Rintelen 264
2 Rintelen 261 ff.
3 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 427; BGE 74 II 106 E 4 b

teilweise nur eine untergeordnete Rolle. Dies deshalb, weil die Kunst leider häufig zu spekulativen Zwecken und nicht um der Kunst willen gekauft wird. Der Kunsthändler ist dann lediglich daran interessiert, eine bestimmte Anzahl Werke eines ganz bestimmten Künstlers zu beziehen.

Andererseits ist es auch möglich, dass ein Kunsthändler mit einem Künstler in einer dauernden Geschäftsverbindung[1] steht. Auch hier braucht der Händler die Werke keineswegs zuerst zu begutachten, da er durch die langjährige gemeinsame Zusammenarbeit die Art und Weise des Schaffens seiner Künstler kennt und sich der Verkaufschancen bewusst ist. Er hat dadurch die Möglichkeit, einem Künstler die gängigsten Motive und Sujets in Auftrag zu geben, von denen er sich die grössten Absatzmöglichkeiten verspricht. Diesem Wunsch des Kunsthändlers wird sich ganz besonders der junge unbekannte Künstler anschliessen. Der Bestellvertrag im weiteren Sinn spielt damit eine nicht unwesentliche Rolle in der heutigen Kunstszene.

Umstritten in Lehre und Rechtsprechung ist die Frage, um welche Vertragsart es sich beim Bestellvertrag handelt. Da sich der Künstler zur Herstellung eines Werkes auf Anordnung des Galeristen und letzterer zur Leistung einer Vergütung verpflichtet, enthält dieses Vertragsverhältnis werkvertragsähnliche Elemente. Dem Kunstwerk wird jedoch verschiedentlich die Werkqualifikation im Sinne des Werkvertrages abgesprochen. Dem Werkvertrag ist eine der Sachgewährleistung des Kaufvertrages ähnliche Erfolgshaftung eigentümlich. Das setzt einen objektiven Wertmassstab voraus. Da dies beim Kunstwerk beinahe unmöglich ist, kann ihm auch keine Werkqualifikation zukommen[2]. Nach Gautschi[3] kann Gegenstand des Werkvertrages nur das Resultat von Arbeit an körperlichen Sachen sein, da nur für diese die Sachgewähr als Erfolgshaftung gemäss Art. 365 und Art. 371 OR übernommen werden könne; beim Kunstwerk hingegen handle es sich regelmässig um einen Auftrag, da Gegenstand des Auftrages ein geistiges oder künstlerisches, jedenfalls immateriales

---

1 Vgl. hinten § 3 A III 1
2 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 418
3 Gautschi, N 63 a und d zu Art. 394 OR

Arbeitsprodukt sei. Gegenteiliger Ansicht sind Oser/Schönenberger[1] und Becker[2]. Nach ihrer Meinung kann sich das Arbeitsergebnis beim Werkvertrag in einer körperlichen oder unkörperlichen Sache darstellen. Dieser Ansicht ist auch das Bundesgericht, wenn es ausführt[3]: "Dans un tel contrat, l'une des parties s'engage à éxecuter un ouvrage (art. 363 CO), c'est-à-dire à procurer à l'autre partie, par son travail et sous sa propre résponsabilité, un certain résultat matériel ou immatériel, mais objectivement constatabel." Letztere Auffassung trägt dem Werkbegriff wohl eher Rechnung. M.E. kommt der Bestellvertrag demnach dem Werkvertrag am nächsten, wobei je nach Vertragsinhalt auch Elemente sowohl des Auftrags- als auch des Kaufrechtes vorhanden sein können. Da der Künstler das Material in der Regel selbst liefert, handelt es sich im speziellen um einen Werklieferungsvertrag, eine Zusammensetzung aus Werkvertrag und Kauf, welche den Bestimmungen des Werkvertrages untersteht.

Von Bedeutung ist die Abgrenzung des Bestellvertrages, welcher, wie oben dargelegt, grundsätzlich unter Art. 363 ff. OR fällt, vom reinen Kaufvertrag. Dies deshalb, weil insbesondere die Zulässigkeit des Rücktrittes (Art. 366 OR) und die Gefahrtragung bei Untergang des Werkes durch Zufall vor Vollendung der Uebergabe (Art. 185 im Gegensatz zu Art. 376 OR) verschieden geregelt sind.

Im weiteren ist der Bestellvertrag auch vom Verlagsvertrag[4] abzugrenzen. Beim Bestellvertrag stehen dem Kunsthändler neben dem Uebergang des Eigentums auf ihn lediglich gewisse Werknutzungsrechte am Werkexemplar zu; verpflichtet sich der Galerist jedoch zur Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes, hat er also weitergehende Befugnisse als beim Bestellungsvertrag, so handelt es sich in der Regel um einen Verlagsvertrag.

Von rechtlicher Relevanz ist sodann die Abklärung, ob beim Bestellvertrag die Urheberrechte beim Künstler entstehen oder ob sie ex

---

1 Oser/Schönenberger, N 2 ff. zu Art. 363 OR
2 Becker, N 4-6 zu Art. 363 OR
3 BGE 83 II 529
4 Vgl. unten § 3 A IV

origine oder erst durch Uebertragung dem Kunsthändler zukommen. Der Fall, den Art. 393 Abs. 2 OR im Auge hat, bei welchem das Urheberrecht am Werke dem Besteller zusteht, soll hier nicht näher behandelt werden; im Kunsthandel spielt er, wie bereits dargestellt, keine bedeutende Rolle. Beim Bestellvertrag im weiteren Sinn hat der Künstler jedoch freie Hand in der Gestaltung seines Werkes. Er ist höchstens in beschränktem Masse an die Weisungen des Händlers gebunden, so z.B. in der Anzahl, evtl. in den Motiven, der Herstellungsart und der Preisfestsetzung seiner Werke. Dies hat aber keineswegs zur Folge, dass der Künstler nur noch als Ausführender des Kunsthändlers, wie dies beim Bestellvertrag im engeren Sinne die Regel bildet, betrachtet werden kann. Das Werk wird nach wie vor aus der Schöpferkraft und dem Ideenreichtum sowie der individuellen Arbeitsleistung des Künstlers geschaffen und folgerichtig müssen auch die Urheberrechte bei ihm entstehen[1].

Bezüglich der Frage von Mängeln des Werkes muss unterschieden werden zwischen "materiellen und immateriellen Mängeln". Liefert der Künstler ein beschädigtes oder sonstwie mit Materialfehlern behaftetes Werk, so kommen ohne weiteres die Bestimmungen über die Mängelhaftung (Art. 367/368 OR) zur Anwendung. Zur Beurteilung derartiger Mängel kann ein objektiver Wertmassstab angewandt werden.

In seiner geistigen und schöpferischen Ausgestaltung muss das Werk jedoch nicht genau den Vorstellungen des Kunsthändlers entsprechen; über Geschmack lässt sich bekanntlich streiten und eine objektive Beurteilung bezüglich irgendwelcher Mängel in der Gestaltung des Werkes ist unmöglich. Es ist hier mit Engelsing[2] darin einig zu gehen, dass eine Mängelrüge keine Geschmacksrüge sein kann. Wo aber befinden sich die Schranken der Gestaltungsfreiheit. Um dies abzuklären, sind die Bestimmungen über den Werkvertrag heranzuziehen. Art. 324 OR verweist bezüglich der Sorgfaltspflicht auf den Arbeitsvertrag, bei welchem der Arbeitnehmer gemäss Art. 321 d Abs. 1 OR die ihm übertragene Arbeit sorgfältig

---

1 Troller II 920
2 Engelsing, Bd. 8, 102 ff.

auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren hat. Im Gegensatz zum Arbeitsvertrag ist jedoch beim Werkvertrag über ein Kunstwerk zu berücksichtigen, dass letzteres durch individuelles Schaffen des Künstlers geprägt ist. Der Künstler kann nicht einem durch einen Arbeitsvertrag Verpflichteten gleichgestellt werden, verfügt ersterer doch über grösste Unabhängigkeit und Freiheit in der Gestaltung seiner Werke. Seine individuelle Kreativität ist bezeichnenderweise gerade das Unterscheidungsmerkmal, durch welches sich die Werke der angewandten Kunst von der Masse der Bauten und der Erzeugnisse des Handwerks und der Industrie abheben, welche urheberrechtlich nicht geschützt sind. Demzufolge kann beim Kunstwerkvertrag nicht derselbe Massstab wie beim Arbeitsvertrag angewandt werden. Mangels gesetzlicher Regelung und konstanter Praxis im schweizerischen Recht scheint es m. E. angebracht, die Leitsätze, welche der deutsche Bundesgerichtshof aufgestellt hat, auch für die Schweiz analog anzuwenden[1]:

"1. Der Künstler geniesst grundsätzlich im Rahmen eines Werk- oder Werklieferungsvertrages eine Gestaltungsfreiheit, die seiner künstlerischen Eigenart entspricht. Es ist ihm erlaubt, in seinem Werk seiner individuellen Schöpferkraft und seinem Schöpferwillen Ausdruck zu verleihen.

2. Wer einen Künstler mit der Herstellung eines Kunstwerkes beauftragt, muss sich vorher mit dessen künstlerischen Eigenarten und dessen Auffassung vertraut machen. Der Gestaltungsfreiheit des Künstlers entspricht das Risiko des Bestellers, ein den vereinbarten Zweckgedanken und die tragende Idee zum Ausdruck bringendes Kunstwerk auch dann annehmen zu müssen, wenn es nicht seinem Geschmack entspricht.

3. Der Künstler kann seine Gestaltungsfreiheit vertraglich beschränken und sich verpflichten, ein Werk nach einem von ihm gefertigten und vom Besteller genehmigten Entwurf herzustellen. Auch in diesem Falle ist er grundsätzlich nicht zu einer massstabsgetreuen Ausführung verpflichtet."

Stelzl[2] macht darauf aufmerksam, dass sich aus dieser Rechtsprechung ein erhebliches Risiko für den Kunsthändler ergibt, sei er doch gezwungen, ein ihm nicht zusagendes oder nach seiner Meinung schwer verkäuf-

---

1 BGHZ 19, 382 (383) = NJW 1956, 627
2 Stelzl 11

liches Werk dem Künstler abzunehmen. Immerhin muss sich aber die Gestaltungsfreiheit m.E. innerhalb der Grenzen von Treu und Glauben bewegen. Es kann dem Kunsthändler nicht zugemutet werden, Werke eines Künstlers zu akzeptieren, welche zur bisherigen Schaffensweise in krassem Gegensatz stehen. So würde derjenige Künstler gegen Treu und Glauben verstossen, welcher jahrelang abstrakt gemalt hat und nun plötzlich dem Kunsthändler naive Bilder abliefern wollte. Die Abnahme solcher Bilder dürfte der Händler m.E. trotz Bestellung in guten Treuen verweigern. Der Grundsatz von Treu und Glauben müsste demnach ergänzend zu den vom deutschen BGH aufgestellten Leitsätzen berücksichtigt werden.

Will der Kunsthändler ein solches Risiko gar nicht erst eingehen, so hat er die Möglichkeit, die Gestaltungsfreiheit des Künstlers vertraglich zu beschränken. Die Ausgestaltung eines Werkvertrages unterliegt der Autonomie der Parteien; das Gesetz bildet lediglich dispositives Recht. Die endgültige Regelung eines solchen Bildbestellungsvertrages hängt wohl massgebend von der Stärke der einen oder anderen Partei ab. Auch hier wiederum sind junge oder finanziell schlecht gestellte Künstler oder solche, die noch völlig unbekannt sind, eher der Gefahr ausgesetzt, einen für sie ungünstigen Vertrag einzugehen. Dabei stellt sich sogleich die Frage, wieweit der Künstler in seiner gestalterischen Freiheit eingeschränkt werden darf oder wie stark er selbst seine Freiheit einschränken kann. Es ist zu beachten, dass im schweizerischen Recht Normen zum Schutze der Persönlichkeit aufgestellt worden sind. Art. 27 ff. ZGB schützt alle Eigenschaften und Rechte, die der Person als solcher, d.h. mit Rücksicht auf ihr Dasein, ihre geistigen und körperlichen Kräfte zustehen; die Rechte also, die "untrennbar mit der Person verknüpft sind"[1]. Art. 27 Abs. 2 ZGB bestimmt sodann, dass sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann. Gerade aber die Einschränkung des Künstlers in seiner Schöpferkraft und seiner Gestaltungsfreiheit ist oftmals Voraussetzung zum Abschluss

---

1 BGE 84 II 537; vgl. Tuor/Schnyder 77

eines Vertrages mit einem Kunsthändler, weil dieser in der Regel der finanziell stärkere Teil der Vertragsparteien ist. Wieweit diese Einschränkung statthaft ist, hängt im einzelnen von den jeweiligen Umständen ab.

Zu weiteren Problemen kann es dann kommen, wenn der Künstler aus innerer Ueberzeugung, hervorgerufen z.B. durch eine Schaffenskrise, nicht weiter in der Lage ist, die versprochene Leistung zu erbringen. Dabei handelt es sich um eine nachträglich eintretende Unmöglichkeit. Die Erfüllung des Vertrages ist nicht objektiv unmöglich, sondern es liegt eine subjektive Unmöglichkeit vor, d.h. dem Künstler ist nach Treu und Glauben eine weitere Erfüllung des Vertrages nicht zumutbar[1]. Eine solche Situation wäre beispielsweise denkbar, wenn der Künstler entgegen seiner inneren Ueberzeugung – welche sich im Laufe der Jahre wandeln kann – durch ein Dauerschuldverhältnis an eine bestimmte Schaffensrichtung, an bestimmte Motive oder Techniken gebunden wäre. Die Erstellung solcher Werke kann dem Künstler nicht zugemutet werden, entspringt doch gerade das Kunstschaffen einer individuellen Schöpferkraft und der unergründlichen inneren Gedankenwelt, welche durch das Werk ihre Materialisierung und Verkörperlichung findet. Immerhin sind aber gewisse Bedenken angebracht gegen eine zu extensive Auslegung dieser Regel, würde sich die Berufung des Künstlers auf subjektive Unmöglichkeit wegen gewandelter Ueberzeugung doch als einfache und nur schwer überprüfbare Möglichkeit einer ungerechtfertigten Vertragsauflösung anbieten. In der Praxis wird auf den einzelnen Fall abzustellen sein.

Für den aus der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung erwachsenen Schaden hat der Künstler gemäss Art. 97 Abs. 1 OR Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm kein Verschulden zur Last fällt[2]. Ein echter Wandel aus innerer Ueberzeugung kann weder als Selbstverschulden des Künstlers betrachtet werden, noch hat er den Wandel zu verantworten, da er in der Regel keinen Einfluss darauf hat. Liegt jedoch kein Verschulden des Künstlers vor, so wird er von seiner Leistungspflicht

---

1 Vgl. BGE 82 II 338
2 Vgl. v. Tuhr/Escher 93 f.

befreit und die Forderung gilt gemäss Art. 119 Abs. 1 OR als erloschen. Bereits erhaltene Leistungen hat er dem Kunsthändler zurückzuerstatten, wenn die Gefahr nicht schon vor der Erfüllung durch Vertrag auf letzteren übergegangen ist.

Ist die vom Künstler geltend gemachte subjektive Unmöglichkeit jedoch unglaubwürdig und kann es ihm ohne weiteres zugemutet werden, die bestellten Werke anzufertigen, oder trifft ihn sogar ein Verschulden, so haftet er – wie bereits oben erwähnt – dem Kunsthändler gemäss Art. 97 OR für den aus der Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schaden. Hier kann es sich z.B. um bereits gemachte Aufwendungen im Hinblick auf den Verkauf der Werke handeln, nach der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung aber auch um den eventuell entgangenen Gewinn, sollte der Kunsthändler bereits ein Angebot für das noch nicht erstellte Werk erhalten haben.

III. Dauerverträge

1. Die dauernde Geschäftsverbindung

Sowohl Künstler als auch Kunsthändler sind weitgehend aufeinander angewiesen. Ist nun ein Galerist von der Qualität des Schaffens eines Künstlers überzeugt, so wird er ein grosses Interesse daran bekunden, mit diesem über längere Zeit zusammenzuarbeiten. Unbekannte Künstler möchte er nicht nur fördern und ihnen seine Dienstleistungen sowie sein "know how" zur Verfügung stellen, sondern verständlicherweise auch am eintretenden Erfolg teilhaben und für seine Bemühungen entschädigt werden. Bekannte Künstler erhöhen die Erfolgschance der Galerie und dienen dem Kunsthändler als "Zugpferde" beim Publikum.

Der Künstler wiederum begrüsst es, die Geschäftsbeziehungen zwischen ihm und dem Kunsthändler über längere Zeit aufrechterhalten zu können, weil er dadurch in Ruhe arbeiten kann und sich nicht um den Verkauf seiner Werke zu kümmern braucht. So haben eine Mehrzahl der

Künstler "ihre" Galerie, mit welcher sie bei gutem Einvernehmen über Jahre hinaus zusammenarbeiten.

In der Regel entwickelt sich zwischen Kunsthändler und Künstler ein Freundschafts- und Vertrauensverhältnis. Diese teilweise äusserst fruchtbaren Geschäftsverbindungen sind zwar von Dauer, eine rechtliche Verpflichtung irgendwelcher Art geht jedoch weder der Künstler noch der Galerist ein; lediglich rein moralische Verpflichtungen prägen die Verbindung.

Bei jeder Offerte des Künstlers bzw. des Kunsthändlers entsteht ein neuer Kauf-, Werklieferungs- oder sonstiger Vertrag, welcher sich nach den jeweiligen allgemeinen Grundsätzen richtet. Die Zusammenarbeit wird dann aufgehoben, wenn das gegenseitige Vertrauensverhältnis gestört ist oder wenn andere Ereignisse vorliegen, die der einen oder anderen Partei die Aufrechterhaltung der dauernden Geschäftsverbindung als nicht weiter zuträglich erscheinen lassen.

Diese lockere Art der Zusammenarbeit ist im Kunsthandel wohl am häufigsten anzutreffen und bildet damit den Regelfall. Sie lässt sowohl dem Künstler als auch dem Galeristen grösstmögliche Freiheit und basiert auf einem gesunden Vertrauensverhältnis. Beide Parteien sind frei, ihre Verbindungen jederzeit abzubrechen oder erneut aufzunehmen.

Die dauernde Geschäftsverbindung i.S. einer lockeren Zusammenarbeit ist jedoch spezifisch für die heutige Zeit und ganz besonders für den deutschsprachigen Raum. Geschichtlich gesehen standen ganz andere Verträge an erster Stelle zwischen Künstler und Kunsthändler. Es waren dies meistens Verträge mit einem starken Abhängigkeitsverhältnis des Künstlers gegenüber dem Kunsthändler. Solche Verträge kommen, bedingt durch die Rezession, welche auch den Kunsthandel nicht verschonte, und die damit verbundene Unsicherheit der Künstler, auch bei uns wieder vermehrt zustande. Dass aber nach wie vor die lockere Zusammenarbeit vorherrscht, ist nicht zuletzt auch eine Folge davon, dass die Künstler heute vermehrt durch die öffentliche Hand unterstützt werden. Durch Stipendien können sie sich ihre Unabhängigkeit erhalten und laufen dadurch weniger Gefahr, sich den für sie meist ungünstigeren Be-

dingungen der Kunsthändler zu unterwerfen. Trotzdem und gerade weil die durch vermehrte Abhängigkeit gekennezeichneten Verträge erneut aufkommen, sollen sie anschliessend eingehend behandelt werden.

2. Der Exklusivvertrag

Der Blumenmaler Elias van der Broeck, der 1653 geboren, sich 1674 in den Dienst des Kunsthändlers Bartholomeus Floquet zu Antwerpen begab, unterschrieb ein Dokument, welches ihn verpflichtete, ein Jahr lang den ganzen Tag alles zu malen, was Floquet ihm befehlen würde, und das für freie Kost und 120 fl. (ca. sFr. 600.--) Lohn nebst 30 fl. Zimmermiete. Jeden Tag, den der junge Künstler versäumen würde, sollte er durch Ueberwerk vergüten, und wenn er innerhalb des Vertragsjahres heiraten wollte, hätte er seinem Herrn eine Entschädigung leisten müssen[1].

Auch Daniel-Henry Kahnweiler, von dem bereits die Rede war[2], kaufte nicht Bilder, sondern Künstler; so unter anderen Derain, Vlaminck, van Dongen, Braque, Picasso, Juan Gris und Léger, um nur die wichtigsten zu nennen[3]. Ein Brief von Picasso an Kahnweiler vom 18. Dezember 1912 ist erhalten geblieben[4]:

> "Mein lieber Freund,
> ich bestätige Ihnen unsere Vereinbarung folgendermassen: Wir haben vom 2. Dezember 1912 ab einen Vertrag über drei Jahre geschlossen. Während dieser Zeit verpflichte ich mich, lediglich Ihnen und niemand sonst zu verkaufen. Davon ausgeschlossen sind nur alte Bilder und Zeichnungen, die ich noch besitze. Ich habe das Recht, Aufträge für Porträts und Wandmalereien anzunehmen. Es wurde übereingekommen, dass Ihnen die Reproduktionsrechte

---

1 Vgl. Floerke 73 f.
2 Vgl. oben § 3 A I
3 Vgl. Frank 173
4 Frank 128/129

aller Bilder zufallen, die Sie von mir kaufen. Ich verpflichte mich, Ihnen meine gesamte Produktion zu festen Preisen zu verkaufen und höchstens fünf Bilder jährlich für mich zu behalten. Ich habe ausserdem das Recht, soviel Zeichnungen zu behalten, wie ich es für meine Arbeit unerlässlich halte. Sie werden mir die Entscheidung überlassen, ob ein Bild fertig ist. Während der drei Jahre habe ich nicht das Recht, die Bilder und Zeichnungen zu verkaufen, die ich mir behalte.
Sie verpflichten sich Ihrerseits zu festen Preisen alles zu kaufen, was ich an Bildern und Gouachen produziere, sowie mindestens 20 Zeichnungen pro Jahr. Das sind die Preise, die wir für die Dauer des Vertrages festgelegt haben: ..."

Da sich bei Picasso in dieser Zeit schon ein gewisser Publikumserfolg abzuzeichnen begann, war es ihm möglich, gewisse Bedingungen zu stellen. Der noch unbekannte Braque musste sich viel stärker in die Abhängigkeit Kahnweilers begeben. Er schrieb diesem damals folgendes[1]:

"Mein lieber Freund,
ich bestätige Ihnen den Empfang Ihrer beiden Briefe und erkläre mich mit Ihren Bedingungen einverstanden: Sie verpflichten sich meine Produktion zu kaufen; ich verpflichte mich meinerseits, niemandem ausser Ihnen etwas zu verkaufen. Meine gesamte Produktion gehört Ihnen."

Aus diesen Briefen wird mit aller Deutlichkeit ersichtlich, dass Kahnweiler - damals selbst noch ein junger Kunsthändler - junge, unbekannte Künstler durch Verträge auf Jahre hinaus an sich band. Trotz dieses starken Abhängigkeitsverhältnisses ist zu beachten, dass Kahnweiler mit seinen Künstlern auch eine Interessengemeinschaft bildete. Immerhin ging auch er ein nicht unerhebliches Risiko ein, damals noch praktisch unverkäufliche Bilder unbekannter Künstler "en bloc" zu übernehmen. Dabei darf die Rolle des Kunsthändlers als Mäzen nicht unterschätzt werden.

---

1 Frank 128/129

Wie Franck[1] richtig ausführt, gewährt ein solcher Vertrag den finanziell unbemittelten Künstlern eine überaus grosszügige Schaffensfreiheit, von der junge Künstler seit jeher träumten. Kahnweilers Maler konnten arbeiten, ohne sich Sorgen darüber machen zu müssen, wovon sie im nächsten Monat leben sollten. Sie mussten ihre Zeit nicht mit dem Verkauf der Bilder vergeuden und entmutigende Erfahrungen machen, die kaum einem grossen Künstler der Vergangenheit auf dem Wege zum Erfolg erspart geblieben waren. Nach dem zweiten Weltkrieg machte Kahnweiler mit seinen Künstlern an Stelle der schriftlichen Verträge nur noch mündliche Absprachen auf Treu und Glauben. Er übernahm nicht mehr ganze Produktionen zu bestimmten Preisen sondern zahlte den Künstlern eine Art Monatssalär, welches sich im Verhältnis zu den Verkaufserfolgen des jeweiligen Künstlers anpasste. Dadurch profitierten sie auch von einer Preissteigerung der Kunstwerke. Heute ist dieses Verfahren sowie die Abnahmeverpflichtung mit Preisen je nach Grösse der Werke in Frankreich vorherrschend[2]. In Deutschland ist eine derartig starke Bindung nicht sonderlich verbreitet, jedoch offenbar im Vordringen begriffen[3]. Auch in der Schweiz ist dieses Abhängigkeitsverhältnis selten anzutreffen. Doch auch hierzulande scheint – wie bereits erwähnt – eine gewisse Tendenzwende eingetreten zu sein. Durch die anhaltende Rezession, die sich auch auf dem Kunstmarkt bemerkbar gemacht hat, bangen etliche Künstler um die Stabilität der Preise ihrer Kunstwerke und die Verkäuflichkeit derselben. So ziehen sie es teilweise vor, sich in die Abhängigkeit eines Kunsthändlers zu begeben und sich dafür ein festes jährliches Salär einzuhandeln. Leider übersehen dabei zahlreiche Künstler, dass sie sich dadurch vom Regen in die Traufe begeben. Als Gegenleistung für ein garantiertes Jahresgehalt verlangt der Kunsthändler verständlicherweise eine möglichst hohe Anzahl von Kunstwerken. Durch erhöhte "Massenproduktion" leidet aber in der Regel die Schaffensweise des Künstlers und dadurch auch die Werkqualität; es kommen mehr und

---

1 Frank 185
2 Vgl. Locher, Kunst 124
3 Vgl. Stelzl 16

mehr Werke minderen Wertes auf den Markt. Durch dieses Streben nach Quantität an Stelle von Qualität erlischt oder reduziert sich die Kauffreudigkeit des Publikums und damit auch der Erfolg des Künstlers. Eine solche Entwicklung innerhalb des Kunstmarktes ist nicht zuletzt auch deshalb zu verurteilen, weil hier seriöser Kunsthandel durch reines Profitdenken ersetzt und der Käufer in seinem berechtigten Interesse, einen bleibenden Wert zu erstehen, getäuscht wird.

Für den Kunsthändler ergibt sich aus solchen Verträgen in der Regel das Risiko, Künstler zu bevorschussen, deren Kunstwerke keine Gewähr für künftigen Gewinn bieten. Er benötigt dazu einen hohen Kapitalbedarf, um den Künstler aufbauen und eine wirksame "public relation" betreiben zu können. Er trägt sodann auch das gesamte Risiko eines vollen Misserfolges. Negativ wirkt sich eine solche starke Bindung des Künstlers an den Kunsthändler bei einem eventuellen Erfolg aus. Der grösste Teil des Gewinnes fliesst in die Taschen des Galeristen; nach seiner Meinung zu recht, betrachtet er dies doch als Entschädigung für seine Risiko- und Investitionsfreudigkeit.

Verträge dieser Art fallen unter den Begriff Exklusivvertrag, da der Künstler sich verpflichtet, seine gesamte Produktion einem einzigen Kunsthändler zur Verfügung zu stellen. Der Kunsthändler hat Exklusivrecht an den Werken. Jede Lieferung an einen anderen Kunsthändler oder Selbstverkauf würde einen Vertragsbruch bedeuten. In der Praxis ist der Handel jedoch nicht so streng in der Anwendung des Exklusivrechtes. So wird gegen Künstler, welche ab und zu ein Werk verschenken oder unter der Hand direkt verkaufen, in den seltesten Fällen rechtlich vorgegangen. Eine grosszügige Handhabung in dieser Beziehung liegt auch im Interesse der guten und fruchtbaren Zusammenarbeit von Künstler und Galerie und des in der Regel tiefen Vertrauensverhältnisses der beiden Vertragspartner. Erwünscht ist lediglich eine kurze Orientierung der Galerie durch den Künstler, an wen und zu welchen Preisen die Werke abgegeben wurden.

Bei denjenigen Kunstobjekten, die zur Zeit des Abschlusses eines Exklusivvertrages bereits vollendet sind und vom Händler erworben wer-

den, handelt es sich in rechtlicher Hinsicht um einen einfachen Kauf gemäss Art. 184 ff. OR[1]. Der Künstler hat seine Tätigkeit bezüglich dieser Werke bereits ausgeführt und die Objekte sind in dem Zustande vorhanden, in dem sie auch geliefert werden[2]. Alle nachfolgenden Werke, die Gegenstand des Exklusivvertrages sind, müssen zuerst durch den Künstler erstellt werden. Da er das Material in der Regel selbst liefert, handelt es sich dabei um einzelne Werklieferungsverträge[3]; d.h. Herstellung und Uebereignung des Kunstobjektes bilden Inhalt der gemischten Arbeits- und Sachlieferungsobligation[4].

Trotz der starken Bindung des Künstlers an den Kunsthändler bleibt er weitgehend frei in der Gestaltung seiner Werke und ist nicht in die Arbeitsorganisation des Galeristen miteinbezogen. Da er keine Weisungen des Händlers entgegenzunehmen hat und seine Arbeitszeit frei bestimmen kann, ist er insofern "selbständig"[5].

Andererseits bestreitet der Künstler seinen Lebensunterhalt grösstenteils aus den Einnahmen, welche ihm von einem einzelnen Kunsthändler zufliessen; insofern steht der Künstler durch die starke einseitig finanzielle Abhängigkeit dem "Arbeitnehmer" im Arbeitsverhältnis sehr nahe[6]. Diese zwischen Arbeitnehmer und Selbständigem liegende Stellung wird in der h.L. – insbesondere in der deutschen Literatur – allgemein als arbeitnehmerähnliche Person bezeichnet[7]. Selbständige sind nach Rehbinder[8] dann arbeitnehmerähnlich, "wenn sie durch ständige Mitarbeit und eine dadurch bewirkte Einkommenssicherung ihrer Bezüge aus Erwerbstätigkeit nicht mehr die Rolle eines eigenverantwortlichen Unternehmers spielen und damit faktisch auf eine Dispositionsfreiheit verzichtet

---

1 Oben § 3 A II 1 und 2
2 Vgl. Gautschi, N 17 zu Vorb. zu Art. 363-379 OR
3 Oben § 3 A II 2 d; vgl. Gautschi, N 14 zu Vorb. zu Art. 363-379 OR
4 Vgl. Gautschi, N 25 zu Vorb. zu Art. 363-379 OR
5 Vgl. Rehbinder, Mitarbeiter 20 ff.
6 Vgl. Stelzl 17; Rehbinder a.a.O. 20 ff.
7 Vgl. Falkenberg, Blattei; derselbe, Betrieb, 1049; Rehbinder a.a.O. 23; Stelzl 17
8 Rehbinder a.a.O. 23

haben"[1]; sie sind dagegen selbständig, "wenn sie durch Freiheit in der Auswahl der Verwerter ihrer Leistung (im Sinne eines risikotragenden Unternehmers) am Marktgeschehen teilnehmen"[2]. Mit anderen Worten, diejenigen Künstler sind selbständig, die sowohl am Gewinn wie auch am Verlust beteiligt sind. Dies wäre z.B. der Fall beim Kommissionsverkauf, da der Künstler bei einem Nichtverkauf auch nichts erhält. Bezieht er jedoch – wie es bei der stärksten Form der Bindung beim Exklusivvertrag die Regel bildet – ein festes Monats- oder Jahresgehalt, welches für ihn gewinn- und verlustunabhängig ist, so ist er arbeitnehmerähnlich[3]. Die schweizerische Lehre und Rechtsprechung hat sich zur Stellung dieser arbeitnehmerähnlichen Person genannten Gruppe von Werktätigen innerhalb der Rechtssystematik noch nie geäussert. Es würde den Umfang dieser Arbeit sprengen, allzuweitgehende diesbezügliche Ausführungen und Abklärungen vorzunehmen. Immerhin ist von Interesse, dass Rehbinder[4] für die deutsche arbeitnehmerähnliche Person eine weitgehende Einbeziehung in den Schutzbereich des Arbeitsrechtes vorschlägt. Auch in der Schweiz würde die Anwendung der arbeitsrechtlichen Grundsätze auf die arbeitnehmerähnliche Person eine denkbare und sinnvolle Lösung darstellen. Dadurch wäre die soziale Stellung dieser Randgruppe klar festgelegt und abgegrenzt. Rehbinder[5] schlägt sodann befristete Arbeitsverträge vor[6]; diese dürften auch den Bedürfnissen der Schnellebigkeit und dem ständigen Wechsel in der Kunstszene einigermassen gerecht werden.

Nicht unbedenklich ist eine solch starke Vertragsbindung im Hinblick auf die bereits erwähnte, in Art. 27 ZGB statuierte persönliche Freiheit[7]. Inwieweit verletzt das Abhängigkeitsverhältnis, insbesondere in den mit überaus starker Bindung des Künstlers an den Kunsthändler geprägten

---

1 Vgl. auch Falkenberg, Betrieb, 1412; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. A., 41
2 Vgl. auch Falkenberg, Betrieb, 1409
3 Stelzl 18
4 Rehbinder a.a.O. 23
5 Rehbinder a.a.O. 23
6 Vgl. auch Olenhusen 25
7 Vgl. oben § 3 A II 2 d

Exklusivverträgen, diesen Grundsatz? Als unzulässig muss auch hier wiederum die Ausbeutung der überwiegenden Machtstellung einer Vertragspartei – in der Regel diejenige des Kunsthändlers – gegenüber der anderen betrachtet werden. Art. 27 ZGB schützt den schwächeren Vertragspartner vor allzustarker Eigenbeschränkung. Verträge, welche die Grundsätze der persönlichen Freiheit ausser acht lassen und somit einen widerrechtlichen Inhalt haben oder gegen die guten Sitten verstossen, sind gemäss Art. 20 OR nichtig. Als solche sind z.B. Exklusivverträge zu betrachten, die den Künstler auf Jahre hinaus zu Leistungen verpflichten und bei denen der Kunsthändler den im Laufe der Zeit eingetretenen finanziellen Erfolg des Künstlers ausschliesslich für sich beansprucht und die schwächere Stellung des Künstlers rücksichtslos ausnutzt. Doch auch hier wird es selten zum Prozess kommen, da über dem ganzen Rechtsverhältnis normalerweise ein sehr weitgehendes Vertrauensverhältnis gesteht. Sowohl der Kunsthändler wie auch der Künstler sind auf den gegenseitigen guten Willen des Vertragspartners angewiesen und werden sich bei Uneinigkeit im Guten verständigen.

Rechtlich müssen zeitlich übermässig lange Verträge, bei welchen der Künstler von einer zukünftigen Wertsteigerung seiner Werke nicht mitprofitieren kann, in den meisten Fällen als nichtig betrachtet werden; dies auch bei einer freiwilligen Selbstbeschränkung des Künstlers, insbesondere wenn die Freiheit in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränkt wird. Wann dieser Grad erreicht ist, ist eine Frage des richterlichen Ermessens. Faktoren für eine übermässige Beschränkung sind sowohl die zeitliche Gebundenheit als auch die Entschädigungsregelung. Stelzl[1] erachtet für die Rechtsverhältnisse zwischen Künstler und Kunsthändler in Deutschland eine Vertragsdauer von fünf Jahren ohne Entlohnungserhöhung als gerade noch zulässig, da "bei gegenseitiger Interessenabwägung zwischen Künstler und Galeristen das Risiko des Händlers am 'Nichtankommen' beim Publikum etwa dem Risiko des Künstlers an erheblichen Preissteigerungen seiner Werke entspricht."

1 Stelzl 20 f.

Diese Regel dürfte auch auf schweizerische Verhältnisse anwendbar sein.

Da – wie oben bereits ausgeführt – die Künstler bei Exklusivverträgen als arbeitnehmerähnliche Personen betrachtet und diesbezüglich dem Arbeitsrecht unterstellt werden sollten, hat sich auch die Beendigung solcher Verträge grundsätzlich nach Arbeitsrecht zu richten.

Wurde das Vertragsverhältnis auf bestimmte Zeit eingegangen, so endet es ohne Kündigung nach Ablauf derselben (Art. 335 OR). Bei unbestimmter Vertragszeit hat jeder Vertragspartner die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis gemäss den gesetzlichen Regelungen (vgl. Art. 336 ff. OR) aufzukündigen. Aus wichtigen Gründen kann es überdies sowohl vom Künstler als auch vom Galeristen jederzeit aufgelöst werden (Art. 337 OR). Als wichtiger Grund ist laut Gesetz namentlich jeder Umstand anzusehen, "bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf" (Art. 337 Abs. 2 OR). Im Kunsthandel wird hier insbesondere der Vertrauensbruch zwischen den Vertragparteien eine bedeutende Rolle spielen.

Ferner verstösst der Kunsthändler gegen seine vertraglichen Pflichten, wenn er seiner Zahlungspflicht nicht nachkommt. Weitergehende Verpflichtungen hat er lediglich dann, wenn sie von den Parteien zum Vertragsinhalt erhoben wurden. Dem Kunsthändler kann die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses nicht weiter zugemutet werden, wenn der Künstler keine Kunstwerke mehr liefert, in qualitativer oder quantitativer Hinsicht stark nachlässt oder seine Stilrichtung und seine Thematik unbegründet völlig ändert[1]. Selbstverständlich bleiben Schadenersatzforderungen gegenüber der vertragsbrüchigen Partei vorbehalten.

Bedeutsam ist sodann die Frage, inwieweit urheberrechtliche Befugnisse an zukünftigen Werken vom Künstler auf Dritte übertragen werden können. Das URG stellt diesbezüglich keine Regeln auf; der Richter hat demzufolge durch freie Rechtsfindung eine angemessene Lösung zu treffen. Auch hier muss abgeklärt werden, ob der "Urheber seine Verfü-

---

1 Vgl. Locher 124

gungsfreiheit nicht ab und zu in einer Weise beschränkt, die gemäss ZGB Art. 27 den betreffenden Teil des Vertrages für ihn unverbindlich macht"[1]. Als Hilfe mögen uns ausländische Kodifikationen dienen. So ist in Frankreich eine globale Abtretung künftiger Werke nichtig[2]; Rechte an Werken können ganz oder teilweise übertragen werden, nicht jedoch ohne unabdingbaren Anspruch des Urhebers auf eine angemessene Beteiligung an den mit Verkäufen oder sonstigen Werknutzungen erzielten Einnahmen. Lediglich unter genau festgesetzten Bedingungen kann eine feste Summe die Beteiligung ersetzten[3]. Der Urheber hat sogar die Möglichkeit, bei einer Pauschalabfindung eine Aenderung der Vergütung zu verlangen, wenn ein besonderes Missverhältnis der Leistungen oder eine ungenügende Schätzung der Erträgnisse der Werkbenutzung vorliegt[4].

Das dURG bestimmt in § 44: "Ein Vertrag, durch den sich der Urheber zur Einräumung von Nutzungsrechten an künftigen Werken verpflichtet, die überhaupt nicht oder nur der Gattung nach bestimmt sind, bedarf der schriftlichen Form. Er kann von beiden Vertragsteilen nach Ablauf von 5 Jahren seit dem Abschluss des Vertrages gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate, wenn keine kürzere Frist vereinbart ist. Auf das Kündigungsrecht kann im voraus nicht verzichtet werden. Andere vertragliche oder gesetzliche Kündigungsrechte bleiben unberührt. Wenn in Erfüllung des Vertrages Nutzungsrechte an künftigen Werken eingeräumt worden sind, wird mit Beendigung des Vertrages die Verfügung hinsichtlich der Werke unwirksam, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeliefert sind."

Die Heranziehung gewisser ausländischer Kodifikationen, wie z. B. diejeniger Frankreichs oder Deutschlands, scheint m. E. insbesondere deshalb wertvoll, weil sie die Stellung des Künstlers, welche in der Regel als schwächere Vertragspartei auftritt, in gebührender Weise berücksichtigen und weitgehende Schutzregeln aufstellen. Ohne Zweifel wäre es auch bei uns zu begrüssen, den Schutz des Künstlers gegen Uebervorteilung zu erweitern.

---

1 Troller II 896
2 Art. 33 fURG
3 Art. 35 fURG
4 Art. 37 fURG

3. Das Alleinverkaufsrecht

Beim Alleinverkaufsrecht handelt es sich regelmässig um gewöhnliche Kauf- oder Kommissionsverträge zwischen Künstler und Kunsthändler, jedoch mit der besonderen Vereinbarung, dem Händler das Alleinverkaufsrecht einzuräumen. Im Unterschied zum Exklusivvertrag ist der Künstler hier lediglich an einen bestimmten Kunsthändler gebunden, nicht jedoch an feste Preise oder Pauschalzahlungen. Die einzige Pflicht des Künstlers besteht beim Alleinverkaufsvertragsverhältnis darin, alle von ihm hergestellten Kunstwerke an ein und denselben Galeristen abzuliefern, ist aber in der Preisgestaltung frei oder wenigstens massgebend mitbeteiligt. Es stellt sich dabei die Frage, wieweit der Künstler in diesem Vertragsverhältnis noch als selbständiger Unternehmer oder eventuell bereits als arbeitnehmerähnliche Person zu betrachten ist. Grundsätzlich wäre er nur dann Selbständiger, wenn er frei in der Auswahl des Vertragspartners, d.h. in unserem Falle des Kunsthändlers, am Marktgeschehen teilnehmen würde[1], also wirtschaftlich unabhängig wäre[2]. Zwar besteht beim Alleinverkaufsvertragsverhältnis keine Freiheit des Künstlers bezüglich der Auswahl des seine Werke verkaufenden Kunsthändlers; trotzdem weist das Rechtsverhältnis auch auf seiten des Künstlers ein gewisses risikotragendes, unternehmerisches Element auf. Da es sich beispielsweise um Kommissionsvertragsverhältnisse handeln kann, besteht die Möglichkeit, dass der Künstler das gesamte Risiko des Verkaufs trägt und damit auch als selbständige Unternehmerpersönlichkeit zu qualifizieren ist. Eine allgemeingültige Lösung lässt sich allerdings nicht finden. Im einzelnen ist auf die jeweilige Abhängigkeit des Künstlers vom Kunsthändler abzustellen, welche sehr unterschiedlich gestaltet sein kann. Die Uebergänge vom Alleinverkaufsvertrag zum Exklusivvertrag sind deshalb fliessend.

Beim Alleinverkaufsvertrag lässt sich der Galerist das Alleinverkaufsrecht dafür einräumen, dass er dem Künstler seine Lokalitäten und

---

1 Vgl. Rehbinder, Mitarbeiter 23
2 Vgl. Falkenberg, Betrieb, 1412

üblichen Dienstleistungen unumschränkt zur Verfügung stellt. Er schliesst damit die Gefahr aus, einen Künstler bei einem eventuell eintretenden Erfolg sogleich an einen anderen Galeristen, der bessere Konditionen offeriert, zu verlieren. Das "Monopol" auf einen Künstler zu haben, ist für eine Galerie nämlich dann besonders interessant, wenn sich ein Erfolg abzeichnet und der Absatz der Werke zunimmt.

Bezüglich der Zulässigkeit solcher Verträge kann auf das beim Exklusivvertrag Gesagte verwiesen werden[1]. Auch hier darf die Beschränkung der persönlichen Freiheit nicht übermässig sein, ansonsten solche Verträge nichtig wären.

Da es sich beim Alleinverkaufsvertragsverhältnis wie beim Exklusivvertrag grundsätzlich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, endigt dieses normalerweise mit Ablauf der durch die Parteien verabredeten Zeit (oder mit Eintritt einer vereinbarten auflösenden Bedingung). Das unbefristete Verhältnis kann bereits vorher unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist, sofern eine solche vereinbart wurde, aufgehoben werden[2]. Ist das Abhängigkeitsverhältnis des Künstlers vom Galeristen relativ gering und ist er somit als selbständiger Unternehmer mit eigenem Risiko tätig, sind die Bestimmungen über den Arbeitsvertrag nicht anwendbar. Eine sofortige Auflösung des Vertragsverhältnisses von Dauerverträgen, wie es im Arbeitsvertragsrecht aus wichtigen Gründen vorgesehen ist (vgl. Art. 337 ff. OR), ist grundsätzlich statthaft; alle Dauerschuldverhältnisse können aus wichtigem Grunde aufgelöst werden. Ansonsten besteht ein Kündigungsrecht nur mit einer den Umständen angemessenen Frist[3]. Auch hier ist jedoch erneut darauf hinzuweisen, dass im Kunsthandel ein Vertragsverhältnis, so auch beim Alleinverkaufsvertrag, in der Regel nur solange aufrecht erhalten wird, als die Parteien in gutem Einvernehmen zusammenarbeiten können. Da das Verhältnis vornehmlich auf gegenseitigem Vertrauen beruht, hat es auch nur solange Bestand, als nicht eine Vertragspartei dieses Vertrauen missbraucht.

1 Vgl. oben Ziff. 2
2 Vgl. v. Tuhr/Escher 167
3 Vgl. BGE 97 II 56; v. Tuhr/Escher 167 N 51

4. Der Optionsvertrag

Klar zu unterscheiden von den übrigen Dauerschuldverhältnissen ist der Optionsvertrag. Bei diesem räumt der Künstler einem Galeristen das Recht ein, künftige Werke unter vorgehend vereinbarten Bedingungen durch einseitige Erklärung, unabhängig von einer weiteren Willenserklärung des Künstlers zu übernehmen (Optionsrecht des Galeristen)[1]. Es steht somit ganz im Belieben des Kunsthändlers, die ihm vom Künstler angebotenen Werke zu kaufen oder den Kauf abzulehnen. Eine Bindung erfolgt vorerst nur auf Seiten des Künstlers. Nimmt der Galerist das Angebot nicht an, so wird der Künstler frei von seiner Verpflichtung und kann seine Werke jedem beliebigen Dritten anbieten.

Der Optionsvertrag ist vor allem im Verlagsrecht gebräuchlich. Da er aber auch sonst zwischen Galeristen und Künstler anzutreffen ist, erscheint es m.E. angebracht und durchaus zulässig, die für den Optionsvertrag im Verlagswesen gültigen Grundsätze auch auf die Optionsverträge im Kunsthandel ganz allgemein anzuwenden; die rechtlichen Verhältnisse gestalten sich hier wie da sehr ähnlich.

In der Praxis findet man den Optionsvertrag insbesondere im Zusammenhang mit Ausstellungen. Der Galerist übernimmt die gesamten Kosten und arrangiert eine Ausstellung für die Kunstwerke eines bestimmten Künstlers, lässt sich aber dafür das Optionsrecht an allen zukünftigen Werken dieses Künstlers einräumen.

Ein solches Recht kann sich für den Kunsthändler äusserst günstig auswirken. Ihm als erstem wird jedes neu geschaffene Werk angeboten; er hat die Wahl, das Kunstwerk anzukaufen oder auf den Erwerb zu verzichten. Vor einem Verzicht kann der Künstler seine Werke keinem Dritten rechtsverbindlich anbieten.

So vorteilhaft diese einseitige Bindung für den Kunsthändler sein mag, so ungünstig und nachteilig kann sie sich für den Künstler erweisen; beispielsweise dann, wenn sich der Händler lediglich zum Ankauf

1 Vgl. Henrich 227; Rintelen 276; Locher 122; Stelzl 23; Guhl/Merz/Kummer 301, wobei hier auch von einem "Vorkaufsrecht mit verändertem Vorkaufsfall" oder "unechtem Vorkaufsrecht" gesprochen wird.

der qualitativ hochwertigen Werke entscheidet. Die restlichen wird der Künstler nur mit Mühe einem anderen Kunsthändler verkaufen können, denn auch dieser wird daran interessiert sein, erstklassige Werke zu erhalten. Der Künstler kann deshalb durch den Optionsvertrag einer einseitigen Belastung ausgesetzt sein, die ihn in seiner wirtschaftlichen und persönlichen Freiheit stark einschränkt. Oser/Schönenberger[1] führen bezüglich des Verlagsvertrages aus, dass eine Verpflichtung des Verfassers, seine künftigen Werke bloss einem bestimmten Verleger anzubieten, zumal bei Begrenzung auf einen bestimmten Zeitraum, zwar zulässig sei, jedoch unter dem Vorbehalt von Art. 27 ZGB und Art. 20 OR. Per analogiam ist dieser Grundsatz auf alle Optionsvertragsverhältnisse im Kunsthandel anzuwenden. Zusätzlich müsste auch noch der weitere Grundsatz der Rechtsausübung nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) berücksichtigt werden[2]. Unter dem Gesichtspunkt der Risikoverteilung sind sowohl den Interessen des Künstlers als auch denjenigen des Galeristen gebührend Rechnung zu tragen und es ist eine annehmbare Lösung für beide Parteien anzustreben. Der Kunsthändler kann sich beispielsweise verpflichten, bei Ablehnung des Kaufrechtes eine Pauschalzahlung oder eine regelmässige Optionsentschädigung zu leisten[3].

IV. Der Verlagsvertrag (Kunstverlag)

1. Der Vertrag

Im Gegensatz zum dVerlG, wo der Verlagsvertrag über Kunstwerke – auch Kunstverlag genannt – nicht miteinbezogen ist[4], behandelt das OR den Verlag von allen Werken, die eines Urheberrechtsschutzes teilhaftig

---

1 Oser/Schönenberger, N 13 zu Art. 380 OR
2 Vgl. BGE 71 II 165
3 Vgl. Stelzl 25
4 § 1 dVerlG nennt lediglich Werke "der Literatur oder der Tonkunst", womit er infolge der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Verhältnisse für den Kunstverlag keine Regeln aufstellt; vgl. Rintelen 245 und Ulmer 321.

werden können[1]. Dadurch besteht die Möglichkeit, dass Künstler und Kunsthändler miteinander einen Verlagsvertrag über ein Werk[2], insbesondere über Grafiken und Plastiken[3], abschliessen (Art. 380 ff. OR)[4]. Dabei verpflichtet sich der Künstler, das Werk dem Kunsthändler und Verleger in der Gestalt zu übergeben, die eine Vervielfältigung ohne Mitwirkung des Urhebers oder Verlaggebers erlaubt[5]; der Kunsthändler seinerseits hat das Werk zu vervielfältigen und in Vertrieb zu bringen. Zu diesem Zwecke übergibt der Künstler dem Kunsthändler entweder das Originalexemplar oder aber die Druckplatten und Gussformen.

Der Vertrag bedarf zu seiner Entstehung keiner besonderen Form. Er kann beliebig gestaltet werden, da es sich bei den Rechtssätzen über den Verlagsvertrag ihrer Natur nach um dispositives Recht handelt[6].

Durch das Verlagsrecht erwirbt der Kunsthändler neben der Vervielfältigungsbefugnis das Recht zur gewerbsmässigen Verbreitung der Reproduktionen. Zudem ist er aber auch Eigentümer der Vervielfältigungen und hat daher das Recht, das Eigentum direkt auf Dritte zu übertragen. Sein Eigentumsrecht schliesst jedoch Rechte des Urhebers am immateriellen Gut nicht aus. Das Gesetz bestimmt, dass die Urheberrechte, soweit es für die Erfüllung des Vertrages erforderlich ist, auf den Verleger übergehen (Art. 381 Abs. 1 OR). Rechtlich ist die Bezeichnung "Uebergang der Urheberrechte" insofern ungenau, als dem Urheber grundsätzlich die persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse[7] verbleiben[8]; lediglich Vermögensrechte[9] gehen beim sogenannten Verlagsrecht, dem

---

1 Vgl. Oser/Schönenberger, N 7 zu Vorb. zu Art. 380-393
2 Vgl. Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 380
3 Vgl. Isenschmid 26
4 Vgl. oben § 3 A II 2 a bb 2
5 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 428; Isenschmid 162 ff.; Stämpfli 63 f., welcher auf § 10 des dVerlG verweist, wonach der Verfasser verpflichtet sei, das Werk in einem für die Vervielfältigung geeigneten Zustande abzuliefern. Dies sei auch im schweiz. Recht ergänzend zu Art. 380 OR anzunehmen.
6 Vgl. Isenschmid 159
7 Vgl. unten § 4 D und F I
8 Vgl. Ulmer 388
9 Vgl. unten § 4 D und F II

Recht auf Vervielfältigung und Vertrieb, auf den Kunsthändler über[1]. Die Uebertragung wenigstens dieser Urheberrechte ist jedoch notwendig und Wesensmerkmal des echten[2] Verlagsvertrages[3]. Inwieweit andere Urheberrechte übertragen werden, wird im einzelnen vom jeweiligen Vertrag abhängen[4].

Der mit dem Abschluss des Verlagsvertrages verbundene Uebergang des Wiedergabe- und Verbreitungsrechtes entzieht dem Künstler die Möglichkeit, über das Werk im Bereich dieser Befugnisse weiter zu verfügen (Art. 382 Abs. 1 OR)[5]. Das Ausschliesslichkeitsrecht steht im Umfange der übertragenen Befugnisse dem Kunsthändler auch gegenüber dem Künstler zu[6]. Der Kunsthändler wird dadurch vor der Konkurrenz des Künstlers geschützt.

2. Rechte und Pflichten des Künstlers

Der Künstler hat dem Kunsthändler - wie bereits erwähnt - das Verlagsrecht einzuräumen und ihm aber gleichzeitig auch dafür Gewähr zu leisten (Art. 381 Abs. 2 OR). Er haftet nicht nur für vertragsgemässe Lieferung, sondern auch dafür, dass er zur Zeit des Verlagsabschlusses zur Verlagsgabe berechtigt ist und das Urheberrecht daran hat; dagegen besteht keine Gewährleistung bezüglich der inhaltlichen Qualität[7].

Aus Art. 385 OR geht das Recht des Urhebers hervor, "Berichtigungen und Verbesserungen vorzunehmen, wenn sie nicht die Verlagsinteressen verletzen oder die Verantwortlichkeit des Verlegers steigern; er ist aber für unvorhergesehene Kosten, die dadurch verursacht werden, Ersatz schuldig." Aus diesem Grunde werden im Kunstverlag vorerst

---

1 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 427
2 Im Gegensatz zum unechten Verlagsvertrag wird der echte über ein urheberrechtlich geschütztes Werk abgeschlossen.
3 Vgl. BGE 101 II 104; Troller II 905
4 Vgl. Isenschmid 32; Stämpfli 65
5 Vgl. Isenschmid 173; Troller II 903 f.
6 Vgl. Troller II 904
7 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 428; ZR 50 (1951) Nr. 22

Probedrucke hergestellt, um etwaige Fehler frühzeitig feststellen zu können. Abs. 2 der zit. Gesetzesbestimmung ist für den Kunstverlag von untergeordneter Bedeutung, da bei numerierten Exemplaren - und um solche handelt es sich in der Regel - keine neue Auflage erstellt werden darf; die angegebene Auflagezahl garantiert ja gerade, dass lediglich eine bestimmte Anzahl von Exemplaren hergestellt wurden. Der Künstler kann sich im weiteren auch ein Genehmigungsrecht für jedes einzelne Exemplar ausdrücklich vorbehalten. Dies verpflichtet den Kunsthändler zur Vorlage aller hergestellten Vervielfältigungen. In diesem bei der Plastik besonders häufig angewandten Vorgehen erfolgt die Genehmigung des Einzelexemplares durch eigenhändiges Unterzeichnen oder durch Aufdruck eines Stempels.

Bezüglich des Honorars hat der Künstler Anspruch auf eine prozentuale Entschädigung aus dem Verkaufserlös (Art. 388 Abs. 1 OR). Es ist jedoch mit dem Wesen des Kunstverlages ohne weiteres vereinbar, dass der Künstler Beiträge an die Vervielfältigungskosten leistet[1]; dies ist in der Praxis ganz besonders dann der Fall, wenn der Kunsthändler nicht das gesamte Risiko übernehmen will, also vornehmlich bei unbekannten Künstlern. Nicht mehr um einen Kunstverlag, sondern um einen Kommissionsverlag[2], bei welchem man allgemein Auftragsrecht anwendet, handelt es sich dann, wenn der Künstler die gesamten Kosten der Vervielfältigung und somit auch das volle Risiko des Geschäftes übernimmt[3].

Wird das Honorar ganz oder teilweise vom erwarteten Absatz abhängig gemacht, so hat der Künstler Anspruch auf eine übungsgemässe Abrechnung und den Nachweis des Absatzes durch den Verleger (Art. 389 Abs. 2 OR). Wurde das Honorar hingegen nicht vom Absatzerfolg abhängig gemacht, so wird es fällig, sobald die gedruckten Kunstblätter oder die gegossenen Plastiken etc. zur Abgabe bereit sind (Art. 389 Abs. 1 OR).

---

1 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 427
2 Vgl. unten § 3 A VI
3 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 427

Im weiteren hat der Künstler mangels anderer Absprache Anspruch auf Freiexemplare in üblicher Anzahl (Art. 389 Abs. 3 OR). Im Kunstverlag besteht diese Verpflichtung ohne besondere Abrede bloss dann, wenn die Vervielfältigung auf mechanischem Wege geschieht; im plastischen Verlag ist die Abgabe von Freiexemplaren nicht üblich[1].

Wie weit die Verfügungsbefugnis des Künstlers bezüglich der Freiexemplare geht, ist in der Literatur umstritten. So dürfen nach Isenschmid[2] Freiexemplare lediglich zum eigenen Gebrauch und zu Widmungszwecken verwendet und nicht etwa verkauft werden, wenn dadurch die Verbreitungsbefugnis des Verlegers verletzt würde. Anderer Meinung ist Stämpfli[3], welcher die Ansicht vertritt, der Verleger komme durch den Verkauf der Freiexemplare durch den Künstler nicht mehr zu Schaden als durch Verschenken; deshalb könne man darüber frei verfügen. In der Praxis wird auch dieses Problem üblicherweise durch den Verlagsvertrag geregelt. Dem Künstler stehen in der Regel sowohl unnumerierte als auch numerierte Exemplare zu. Die numerierten sind grundsätzlich für den Verkauf, die unnumerierten eher für schenkungsweise Weitergabe oder eigenen Gebrauch gedacht. Den Künstlern wird von der Galerie jedoch meistens freie Hand gelassen im effektiven Gebrauch der ihnen überlassenen Exemplare.

Bezüglich der Anzahl von Freiexemplaren bestehen verschiedene Regeln und Uebungen. In Deutschland sind durch Richtlinien 3 Stück festgelegt[4]. Nach Troller[5] sind diese Regeln auch in der Schweiz ergänzend heranzuziehen, wenn nicht anderes nachgewiesen werden kann. In der Regel wird jedoch auch die Anzahl zwischen Kunsthändler und Künstler vorgehend festgelegt.

---

1 Vgl. Isenschmid 189
2 Isenschmid a.a.O.
3 Stämpfli 83
4 Vgl. Bappert/Maunz 263 ff.
5 Troller II 908

3. Rechte und Pflichten des Verlegers

Die grundsätzliche Pflicht des Verlegers besteht in der Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes. Die Vervielfältigung hat jedoch ohne Aenderungen und Zusätze zu erfolgen (Art. 384 Abs. 1 OR), was dem Urheberrecht[1] und dem durch ZGB 28 gewährleisteten Persönlichkeitsschutz entspricht. Die Ueberlassung des Originalexemplares zu Verlagszwecken erfordert jedoch nicht die Uebertragung des Eigentums an demselben. Das Originalexemplar ist daher nach dem Gebrauche dem Künstler herauszugeben[2].

Bezüglich der Höhe der Auflage bestimmt Art. 383 Abs. 2 OR, dass der Verleger diese festsetzt, wenn nichts vereinbart wurde. In der Praxis wird die Auflagezahl in der Regel ebenfalls bereits bei Vertragsabschluss bestimmt und zwar meistens im Einverständnis mit dem Künstler.

Nach der Vervielfältigung hat der Kunsthändler den Absatz der Exemplare zu fördern. Dazu gehören auch die übliche Werbung und andere geeignete Mittel, die die Werke dem Publikum bekannt und zugänglich machen. Beliebt ist auch die Versendung von Prospekten mit einer Einladung zur Subskribtion. Meistens wird dieses Angebot einem engeren Kreis von guten Kunden oder Mitgliedern eines Kunstvereins etc. angeboten; als Anreiz werden die Werke regelmässig unter dem später offiziell zu bezahlenden Preis abgegeben. Teilweise werden solche Prospekte mit Subskribierungsofferten auch verschickt, bevor eine Vervielfältigung des Werkes stattgefunden hat; dieses Verfahren findet insbesondere bei unlimitierten Auflagen seine Anwendung, da im Nachhinein die Höhe der Auflagezahl ohne Risiko festgesetzt werden kann. Gewisse Galerien gewähren ihren Kunden sogar ein Rückgaberecht innert einer bestimmten Frist.

Die Festsetzung des Preises der einzelnen Werkexemplare liegt grundsätzlich auch im Ermessen des Kunsthändlers; er darf jedoch nicht

1 Vgl. Art. 9 Abs. 2, 12 und 13 URG
2 Vgl. Becker N 4 zu Art. 380 OR

durch übermässige Preisforderung den Absatz erschweren (Art. 384 Abs. 2 OR). In der Regel wird auch hier der endgültige Verkaufspreis zwischen Künstler und Kunsthändler bei Abschluss des Kunstverlagsvertrages festgelegt.

Im übrigen sind die Rechte des Kunsthändlers im wesentlichen identisch mit den Pflichten des Künstlers und umgekehrt.

V. Der Kommissionsverkauf

1. Einleitung

Beinahe alle bisher behandelten Vertragsormen zwischen Künstler und Galeristen sind für letzteren äusserst kapitalintensiv. Durch den Ankauf der Werke oder durch die Uebernahme der Erstellungskosten entstehen dem Kunsthändler regelmässig hohe Auslagen. Zudem hat er keine Gewähr, dass er die Werke auch wirklich verkaufen kann. Er geht also ein bedeutendes Risiko ein. Aus diesen Gründen verkauft ein Grossteil der Galeristen Kunstwerke nur auf Kommissionsbasis. Es braucht hierzu bedeutend weniger Eigenkapital, da der Künstler dem Kunsthändler die Werke unentgeltlich zum Verkauf überlässt. Letzterer hat lediglich die laufenden Kosten der Galerie zu tragen, welche schon beachtlich genug sein können. Das grosse Risiko lastet somit ausschliesslich auf dem Künstler selbst. Für ihn – und dies vor allem bei jungen unbedeutenden Künstlern – hängt der finanzielle Erfolg schlussendlich vom Publikum ab; eine Hilfe können lediglich der gute Name einer bekannten Galerie, die Geschäftserfahrungen und die Geschäftsbeziehungen des Händlers sowie eine gute public relation sein. Gerade unbedeutende Künstler lassen sich zwar ungern auf einen Kommissionsvertrag ein. Sie müssen bis zum Verkauf eines Werkes auf das oft dringend benötigte Geld warten und sind teilweise auf Vorschüsse von seiten des Kunsthändlers angewiesen. Zudem tragen sie die gesamte Gefahr, bei einem Misserfolg keinen Gewinn zu erzielen. Beim Verkauf der Kunstwerke an den Kunsthändler

sind sie ihres Verdienstes gewiss, weshalb sie oft dazu neigen, die Werke bei sofortigem Kauf billiger abzugeben. In den meisten Fällen bleibt jedoch gerade den jungen unbedeutenden Künstlern nichts anderes übrig, als sich den Bedingungen des Galeristen zu fügen, da sie dessen Ausstellungsräumlichkeiten und kaufmännisches know how benötigen. Andererseits kann beim kommissionsweisen Verkauf der Gewinn für den Künstler bei einem eventuellen Erfolg unter Umständen viel grösser sein als bei einem Verkauf der Werke an den Galeristen.

2. Der Vertrag

Rechtliche Grundlage des Verkaufskommissionsgeschäftes bildet der Kommissionsvertrag gemäss Art. 425 ff. OR. Es handelt sich dabei um einen unentgeltlichen Auftrag mit dem beschränkten Inhalt, die Werke für Rechnung des Künstlers, jedoch auf den Namen des Kunsthändlers zu verkaufen[1]. Subsidiär sind die Regeln über den Auftrag anzuwenden (Art. 425 Abs. 2 OR). Der Abschluss des Kommissionsvertrages ist grundsätzlich formlos gültig; es empfiehlt sich jedoch, den Vertrag schriftlich abzufassen, damit nachträglich keine Unstimmigkeiten (insbesondere bezüglich des Provisionsanspruches) zwischen Künstler und Galeristen entstehen.

Im Kommissionsverhältnis ist der Galerist indirekter Stellvertreter und wird nicht Eigentümer des Kommissionsgutes, sondern nur unselbständiger Besitzer[2]. Eigentümer bleibt der Künstler bis zur Uebergabe des Kunstobjektes durch den Kunsthändler an den Käufer. Eine vorangehende Eigentumsübertragung an den Kunsthändler wäre durch übereinstimmende Willenserklärung zwar möglich und würde seine Stellung wesentlich stärken, ist jedoch im Kunsthandel nicht üblich.

Da der Galerist nicht Eigentümer der ihm vom Künstler übergebenen Werke wird, finden auch die Regeln über die Stellvertretung keine

---

1 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 460; Gautschi N 2c zu Art. 425
2 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 462; Sury 23 ff.; Becker N 1 zu Art. 434; ZR 23 (1924) Nr. 8

Anwendung, weshalb die Gefahrtragung grundsätzlich auch nicht auf den Kunsthändler übergeht. Er ist lediglich berechtigt, das Eigentum auf einen Dritten zu übertragen.

Als Beauftragter steht der Galerist sodann unter der Verpflichtung, getreu und sorgfältig im Interesse des Künstlers zu handeln (Art. 398 Abs. 2 OR). Die allgemeine Sorgfaltspflicht wird beim Kommissionsvertrag noch durch besondere Pflichten ergänzt. So hat der Kunsthändler z.B. die Rechte gegen den Frachtführer, d.h. denjenigen, welcher die Kunstwerke vom Künstler zum Galeristen transportiert, zu wahren, wenn sich die Werke in einem erkennbar mangelhaften Zustande befinden. Er hat für den Beweis des mangelhaften Zustandes und soweit möglich für die Erhaltung der Werke zu sorgen und den Künstler ohne Verzug zu benachrichtigen. Bei Versäumnis dieser Pflicht wird der Kunsthändler für den daraus entstandenen Schaden haftbar (vgl. Art. 427 Abs. 1 und 2 OR). Im weiteren hat der Kunsthändler die Gefahr eines eventuellen Verlustes selbst zu tragen, wenn er Käufern ohne Einwilligung des Künstlers Kredit gewährt, wobei jedoch vielerorts der Handelsbrauch üblich ist, dass guten Kunden der Kaufpreis kreditiert wird. In diesem Falle ist der Kunsthändler dazu berechtigt, wenn der Künstler dagegen keinen Einspruch erhoben hat oder nicht etwas anderes vereinbart worden ist (vgl. Art. 429 OR).

Ein besonderes Problem stellt sich hinsichtlich der Versicherung des Kunstgutes gemäss Art. 426 Abs. 2 OR. Insbesondere bei wertvollen Kunstgegenständen liegt es im Interesse des Künstlers, seine Werke versichert zu wissen, weil eben die Gefahrtragung, wie oben bereits erwähnt, grundsätzlich nicht auf den Galeristen übergeht, solange sie sich bei diesem befinden[1]. Eine Pflicht des Galeristen zur Versicherung der Werke besteht jedoch nur dann, wenn er vom Künstler einen diesbezüglichen Auftrag erhalten hat (vgl. Art. 426 Abs. 2 OR). Die allgemeine Regel des

---

1 § 14 der Usancen des Kunsthandelsverbandes statuiert zwar, dass derjenige Händler, welcher Ware zu kommissionsweisem Verkauf übernimmt, während der Dauer des Kommissionsvertragsverhältnisses auch dafür haftbar sei (ausser infolge kriegerischer Verhältnisse). Diese Bestimmung gilt jedoch grundsätzlich nur für die Mitglieder des KHVS. Sie können deshalb nicht allgemein auf den Kunsthandel angewandt werden.

Art. 389 Abs. 2 OR, gemäss welcher der Kommissionär analog zum Beauftragten im Interesse des Kommittenten zu handeln hat, findet hier keine Anwendung; auch dann nicht, wenn es die Sorgfaltspflicht erfordern würde. Liegt betreffend der Versicherung des Kunstgutes keine Weisung des Künstlers vor, so kann dieser dem Galeristen nachträglich keinen Vorwurf wegen Unterlassung eines Versicherungsabschlusses machen[1]. Wohl aber ist die Pflicht des Galeristen, den Künstler auf die Notwendigkeit einer solchen Versicherung hinzuweisen, auf Grund der allgemeinen Sorgfaltspflicht zu bejahen. In der Praxis zeigt es sich jedoch, dass Galerien selbst Versicherungsverträge abschliessen, durch welche alle Werke, welche der Galerie in Kommission gegeben wurden, pauschal versichert sind. Die Künstler haben lediglich die noch in ihren Ateliers befindlichen Kunstwerke selbst zu versichern. Sobald sie jedoch dem Kunsthändler übergeben werden, übernimmt dessen Versicherung den vollen Schutz. Für den Kunsthändler ergibt sich aus solchen Versicherungen der Vorteil, dass diese eventuelle Schadenersatzansprüche sofort decken könnten. Eine Versicherung erscheint insbesondere dann unerlässlich, wenn es sich um bedeutende Kunstobjekte von hohem Wert handelt.

3. Der Provisionsanspruch

Da der Kommissionsvertrag grundsätzlich entgeltlich ist (vgl. Art. 425 Abs. 1 OR), schuldet der Künstler dem Galeristen Ersatz für seine Auslagen und eine Vergütung für seine Tätigkeit in Form einer Kommissionsgebühr, einer Provision. Diese kann in fester Höhe vereinbart sein oder aber prozentual nach dem erzielten Verkaufspreis berechnet werden. Es liegt in der Hand der Parteien, dies individuell zu regeln, wobei eine Abwägung der Interessen und Risiken sowohl auf Seiten des Kunsthändlers als auch auf Seiten des Künstlers erfolgt. Im Kunsthandel sind Provisionssätze von 15% oder mehr üblich. Anstelle einer Prozentvergütung kann

---

1 Vgl. Weidmann 191

auch eine Pauschal-, Natural- oder Erfolgsvergütung vereinbart werden. Für die Festsetzung einer Provision garantiert das BGer die Vertragsfreiheit[1].

Folgende Provisionsarten sind im Kunsthandel zu unterscheiden:

a) Bruttoverkaufskommission

In der Regel hat der Künstler eine gewisse Vorstellung über den Verkaufspreis seiner Werke. Der Galerist, welcher durch seine Branchenkenntnisse und unter Abwägung der Erfolgschancen die momentane Marktlage besser als der Künstler überblickt, kommt seinerseits zu gewissen Preisansätzen. In einer Besprechung mit dem Künstler wird dann der endgültige Preis festgesetzt, welcher die vom Kunsthändler beanspruchte Provision bereits miteinschliesst. Diese bringt er beim Verkauf des Kunstwerkes vom Verkaufspreis in Abzug und bezahlt dem Künstler den Restbetrag aus (deshalb Bruttoverkaufskommission genannt)[2]. Wird das Kunstobjekt, z.B. an langjährige Kunden, aus Entgegenkommen der Galerie unter dem vereinbarten Verkaufspreis veräussert, so haben Künstler und Galerist die Einbusse bloss dann prozentual zu tragen, sofern sich der Künstler mit einem solchen Vorgehen des Händlers bei Abschluss des Kommissionsvertrages einverstanden erklärt hat. Wurde eine solche Regelung nicht getroffen, gehen allfällige Reduktionen auf den Verkaufspreis ganz zu Lasten des Kunsthändlers (vgl. Art. 428 Abs. 1 OR).

Die Bruttoverkaufskommission hat für den Künstler den grossen Vorteil, dass er von einem allenfalls erzielten Mehrerlös ebenfalls mitprofitieren kann, da sich die Provision in der Regel prozentual vom Verkaufserlös berechnet.

---

1 Vgl. BGE 70 I 236/7
2 Vgl. Stelzl 28

b) Nettoverkaufskommission

Bei der Nettoverkaufskommission wird zwischen Künstler und Kunsthändler für ein Werk ein fester Verkaufspreis vereinbart, welcher dem Künstler bei Verkauf des Objektes voll und ganz zukommen soll. Der Galerist fügt zu diesem Betrag seine Provision hinzu; beides zusammen ergibt den Endverkaufspreis. Diese Regelung hat für den Künstler den Nachteil, dass er von einem eventuellen Verkaufsgewinn nicht mitprofitieren kann. Zudem birgt die Nettoverkaufskommission die Gefahr in sich, dass der Kunsthändler eine zu hohe Provision auf den Grundpreis hinzuschlägt und dadurch die Verkäuflichkeit der Werke erschwert, was keineswegs im Interesse des Künstlers liegt. Letzterer braucht den Verkaufserlös in der Regel dringender als der Kunsthändler, welcher die Werke nicht unbedingt möglichst schnell, sondern möglichst teuer verkaufen möchte. Der Künstler wird sich jedoch zu einer Zusammenarbeit auf Nettoverkaufsbasis bereit erklären, wenn die Galerie als stürkere Vertragspartei auftreten kann. Die Provisionsvereinbarung darf in jedem Falle jedoch nicht gegen die guten Sitten verstossen oder zu einer unerlaubten Uebervorteilung des Künstlers führen[1].

c) Naturalprovision

Bei der Naturalvergütung überlässt der Künstler dem Galeristen als Provision Kunstwerke in entsprechendem Wert, welche der Kunsthändler für eigene Rechnung verkaufen und sich dadurch schadlos halten kann. Diese Regelung ist insbesondere für unbemittelte Künstler, die auf den Verkaufserlös angewiesen sind, vorteilhaft, da sie den ganzen Verkaufspreis in bar erhalten. Es fällt ihnen oftmals sehr viel leichter, die Provision in Form eines Kunstwerkes zu entrichten. Aber auch der Galerist fährt dabei keineswegs schlechter; hat der Künstler Erfolg, wird dem Händler die Naturalprovision mehr einbringen als eine Barprovision.

1 Gautschi N 26 zu Art. 432 OR

Der Provisionsanspruch des Galeristen entsteht mit der Bezahlung des Kaufpreises durch den Käufer. Die Ablieferung des mit dem Künstler vereinbarten Kommissionserlöses ist nicht mehr Ausführung i.S. des Art. 432 Abs. 1 OR[1]. Die Provision ist aber auch geschuldet, wenn das Verkaufsgeschäft wegen einem in der Person des Künstlers liegenden Grunde nicht ausgeführt werden konnte[2]; das in Abweichung vom allgemeinen Auftragsrecht, wo der Anspruch nur bei vollständiger Ausführung entsteht. Diese Regelung wurde aus der Ueberlegung heraus getroffen, dass der gewerbsmässige Kommissionär aus den Provisionseinnahmen die zu seinen Lasten gehenden Unkosten für Lokalitäten und Personal etc. zu decken hat[3].

Zur Sicherung seiner Forderungen gegenüber dem Künstler gewährt das Gesetz dem Kommissionär in Art. 434 OR ein Retentionsrecht am Kommissionsgute oder am Verkaufserlös. Dadurch erhält der Galerist eine gewisse Sicherheit für die Zurverfügungstellung seiner Räumlichkeiten und seiner Vermittlertätigkeit etc. Ist einer Ausstellung ein Misserfolg beschieden, können die Einnahmen u.U. nicht einmal die laufenden Kosten decken. Hier hat der Galerist zwar keinen Provisionsanspruch, kann jedoch vom Künstler Ersatz für Vorschüsse und Auslagen verlangen, die nicht durch die Provision hätten gedeckt werden müssen. Das Risiko des Kunsthändlers beim kommissionsweisen Verkauf ist somit eher klein und liegt hauptsächlich beim Künstler. Es kann sogar vorkommen, dass der Galerist dem Künstler den Erlös unberechtigterweise vorenthält und ihn über längere Zeit vertröstet, um damit vorerst einmal seine eigenen laufenden Kosten zu decken. Dabei sollte sich der Galerist jedoch bewusst sein, dass derjenige, welcher im Auftrage eines anderen und auf fremde Rechnung handelt, den Erlös der von ihm verkauften Sache aber unberechtigterweise für sich behält, sich der Veruntreuung i.S. von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB schuldig machen kann[4]. Im Hinblick auf eine frucht-

---

1 Vgl. Gautschi N 3a zu Art. 432 OR

2 Ein solcher Grund liegt z.B. dann vor, wenn der Künstler den Kommissionsauftrag grundlos widerruft.

3 StenBull NR 1909 716

4 Vgl. BGE 70 IV 71

bare und dauernde Zusammenarbeit wird jedoch auch der Galerist darauf bedacht sein, die vertraglichen Vereinbarungen und gesetzlichen Vorschriften einzuhalten.

4. Selbsteintrittsrecht des Galeristen

Im Kunsthandel weit verbreitet ist die Usanz, dass sich der Galerist bereits bei Abschluss eines Kommissionsvertrages verpflichtet, einen Teil der Kunstwerke selbst zu erwerben. Durch diese Vereinbarung sichert sich der Künstler einen gewissen Gewinn schon im voraus, welcher ihn fürs erste für Umtriebe, Lebenshaltungskosten etc. entschädigt. Zudem hat der Galerist auch während der Ausstellung die Möglichkeit, soweit dies der Uebung entspricht oder eine diesbezügliche Vereinbarung getroffen wurde, Kunstobjekte selbst zu kaufen. In der Regel gewährt der Künstler dem Kunsthändler einen Spezialpreis, der weit unter dem effektiven Verkaufspreis liegen kann.

Aus rechtlicher Sicht wäre ein Selbsteintritt des Galeristen, welcher im Kommissionsgeschäft als Kommissionär auftritt, nur dann zulässig, wenn die Werke einen Marktpreis hätten (vgl. Art. 436 Abs. 1 OR). Wo dies nicht der Fall ist, kann für den Kommissionär ein Interessenskonflikt entstehen, denn es scheint ausgeschlossen, dass der Kunsthändler bei der Preisfestsetzung sowohl die Interessen des Künstlers als auch gleichzeitig seine eigenen wahren könnte. Die Gerichtspraxis geht hier jedoch weiter und erlaubt mit ausdrücklicher Zustimmung des Kommittenten auch bei Waren ohne Marktpreis den Selbsteintritt des Kommissionärs[1]. Effektiv ist im Kunsthandel die Gefahr eines Interessenskonfliktes nicht besonders gross, hat der Galerist doch entweder die finanziellen Mittel gar nicht, um zu viele Werke selbst anzukaufen, oder er möchte grundsätzlich als Kommissionär mit dem Publikum in Kontakt treten, seine Kundschaft zufriedenstellen und nicht zu viel Eigenkapital

---

1 Vgl. BGE 26 II 37

investieren. Andererseits ist der Selbsteintritt und damit der Ankauf einer gewissen Anzahl von Werken auch für den Künstler durchaus positiv, verfügt er dadurch zum einen sogleich über Bargeld und zum andern ist der Galerist auch nach der Ausstellung nach wie vor in der Lage, Interessenten Werke anzubieten; die Galerie schafft sich dadurch einen gewissen Vorrat an Werken.

5. Beendigung des Kommissionsvertrages

In der Regel werden die Werke eines Künstlers nur befristet in einer Galerie ausgestellt oder sonst zum Verkaufe angeboten und der Kunsthändler übernimmt während dieser Zeit den Verkauf und die dafür notwendigen und vertraglich vereinbarten Vorkehrungen, wie z.B. Vernissage, Kataloge etc. Stellt sich der erhoffte Erfolg während dieser Zeit nicht ein und liegt dem Galeristen an einer weiteren Zusammenarbeit mit dem Künstler nichts, endigt der Kommissionsvertrag mit Ablauf der vereinbarten Dauer. Die nicht verkauften Kunstwerke werden an den Künstler zurückerstattet und über den Verkaufserlös wird abgerechnet.

Handelt es sich dagegen um eine dauernde Geschäftsverbindung[1], so behält der Kunsthändler die Werke des Künstlers in seiner Obhut, um sie bei Gelegenheit zu verkaufen. Eine Abrechnung findet je nach Vereinbarung, z.B. monatlich oder nach jedem einzelnen Verkauf[2], statt.

Da das Gesetz unter dem Titel der Kommission keine Bestimmungen zur Beendigung derselben aufgestellt, sind die Vorschriften über den Auftrag ergänzend heranzuziehen[3]. Art. 404 Abs. 1 OR sieht diesbezüglich vor, dass das Vertragsverhältnis von jedem Teil jederzeit widerru-

---

1 Vgl. oben § 3 II 1

2 Gemäss Art. 426 Abs. 1 OR hat der Kommissionär dem Kommittenten insbesondere von der Ausführung des Auftrages sofort Anzeige zu machen; vor allem bei teureren Werken wird dies nach jedem einzelnen Verkauf gemacht und oftmals auch sogleich abgerechnet.

3 Vgl. Gautschi N 14a zu Art. 425 OR

fen resp. gekündigt werden kann. Es steht also sowohl dem Künstler als auch dem Galeristen jederzeit frei, den Vertrag einseitig aufzuheben. Erfolgt dies jedoch zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil zum Ersatze des dem andern verursachten Schadens verpflichtet (vgl. Art. 404 Abs. 2 OR).

Eine zu Recht erfolgte Kündigung des Künstlers liegt z. B. dann vor, wenn es der Galerist unterlässt, die ihm zum Verkauf übergebenen Werke in geeigneter Art und Weise dem Publikum zu offerieren. Im Gegensatz dazu müsste z. B. dem Kunsthändler ein Kündigungsrecht zugestanden werden, wenn bei einem unbefristeten Kommissionsvertrag die Kunstwerke über allzulange Zeit nicht abgesetzt werden konnten.

VI. Der Kommissionsverlag

1. Begriff

Unter Kommissionsverlag versteht man allgemein diejenige Art der verlegerischen Tätigkeit, bei welcher der Verleger ein Werk des Verlaggebers vervielfältigt und herausgibt oder lediglich herausgibt, dies jedoch im Gegensatz zum Verlagsvertrag[1] auf Kosten des Verlaggebers besorgt[2]. Er dient insbesondere unbekannten Künstlern, welche für ihr Werk (z. B. Kunstblätter wie Drucke, Radierungen, Stiche und Lithografien etc.) keinen Kunsthändler finden, der das Risiko der Druckkosten übernehmen will.

Umstritten ist, wo der Kommissionsverlag rechtlich einzuordnen ist. Das schweizerische Recht verlangt nicht – im Gegensatz etwa zum deutschen Verlagsrecht – dass der Verleger auf eigene Rechnung arbeitet. Auch wenn sich der Künstler an den Druckkosten beteiligt, kann es sich trotz allem um einen Verlagsvertrag handeln. Dies führt zur Annahme, dass nur dann ein Kommissionsverlag im eigentlichen Sinne vor-

1 Vgl. oben § 3 A IV
2 Vgl. Stämpfli 112

liegt, wenn der Künstler die gesamten Kosten der Herstellung und damit auch das ganze Risiko übernimmt[1].

Rechtlich hat der Kommissionsverlag mit dem Verlagsvertrag nichts zu tun. Es ist deshalb am naheliegendsten, ihn unter den Titel der Kommission zu subsumieren. Bei näherer Betrachtung ist die Tätigkeit des Kommissionsverlegers jedoch wesentlich anders geartet, als diejenige des Kommissionärs, welcher ausschliesslich den Ein- und Verkauf zu besorgen hat. Beiden gemeinsam ist, dass sie in eigenem Namen für fremde Rechnung handeln. Die Tätigkeit des Kommissionsverlegers geht aber weiter als diejenige des Kommissionärs. Art. 425 Abs. 2 OR verweist auf die Vorschriften über den Auftrag, soweit nicht die Bestimmungen über die Kommission etwas anderes enthalten. Becker[2] geht in seiner Ansicht sogar soweit, der Kommissionsverlag sei von der Ein- und Verkaufskommission so verschieden, dass er nicht unter den Begriff Kommission subsumiert werden dürfe. Nicht ganz so streng verfährt Troller[3] mit dem Kommissionsverlag, will er doch immerhin neben den Bestimmungen des Auftrages noch diejenigen über die Kommission und insbesondere die Bestimmungen über die Geschäftsführung sinngemäss anwenden. Stämpfli[4] vertritt die Meinung, dass im schweizerischen Recht kein Zweifel darüber bestehen könne, dass der Kommissionsverlag Auftrag sei. Es darf bei der Frage der Subsumption m. E. nicht übersehen werden, dass der Kommissionsverlag sicherlich gewisse Elemente der Kommission aufweist und insbesondere in verschiedenen Formen vorkommen kann. Der Künstler hat die Möglichkeit, sein Werk bei einem Dritten herstellen zu lassen, um lediglich das Endprodukt dem Verleger auszuhändigen. Es handelt sich dann nicht etwa um einen Verlagsvertrag, da der Künstler nach wie vor das ganze Risiko trägt, sondern immer noch um einen Kommissionsverlag, da es per definitionem ja gleichgültig ist, ob der Kunsthändler nur verbreitet oder herstellt und verbreitet[5].

---

1 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 427
2 Becker, N 4 zu Art. 425 OR
3 Troller, Vv, N 32 zu Vorbem. zu Art. 380-393
4 Stämpfli 113; vgl. auch Guhl/Merz/Kummer 427
5 Vgl. Stämpfli 114

Die Unterscheidung, ob es sich im einzelnen um einen Kommissionsverlag oder um einen echten Verlagsvertrag handelt, ist insofern von Bedeutung, als daraus verschiedene Rechte und Pflichten abzuleiten sind.

2. Wirkungen

Beim Kommissionsverlag besteht, im Gegensatz zum echten Verlagsvertrag, keine Pflicht des Künstlers zur Ueberlassung des Werkes zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Kunsthändler[1]. Dem Künstler steht es frei, dem Kunsthändler ein Verlagsrecht (eventuell exklusiv) einzuräumen; eine diesbezügliche Verpflichtung besteht jedoch nicht. Da der Kunsthändler beim Kommissionsverlag kein Risiko trägt, ist für ihn nur die Höhe des Gewinnes unbestimmt. Zudem ist er lediglich Beauftragter und in dieser Stellung klar von derjenigen des echten Verlegers zu unterscheiden. Es trifft ihn weniger, wenn der Künstler sein Werk, resp. die Reproduktionen teilweise einem anderen Verleger zum Vertrieb anbietet[2]. In der Praxis versucht der Kunsthändler natürlich trotz allem, ein Exklusivverlagsrecht mit dem Künstler zu vereinbaren.

Da der Kunsthändler beim Kommissionsverlag den Vertrieb oder die Herstellung und den Vertrieb für Rechnung des Urhebers übernimmt, ist er an dessen Weisungen gebunden[3]. Bedeutende Entscheidungen sind deshalb, im Gegensatz zum Verlagsvertrag, vom Künstler selbst zu treffen[4].

Wie bei der Kommission hat der Kunsthändler Anspruch auf eine Provision, wobei im näheren auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann[5].

---

1 Vgl. Stämpfli 115/116
2 Vgl. Stämpfli 116/117
3 Vgl. Ulmer 389
4 Vgl. Rintelen 265
5 Vgl. § 3 A V 3

3. Beendigung

Da sich der Kommissionsverlag grundsätzlich auch hier nach Kommissionsrecht resp. Auftragsrecht richtet, sei auf die vorstehenden Ausführungen hierzu verwiesen[1].

VI. Der Trödelvertrag

1. Begriff

Der Trödelvertrag fällt weder unter die Vorschriften über den Kauf[2] noch unter diejenigen über die Kommission; es handelt sich um einen contractus sui generis, welcher eine Mittelstellung zwischen Kauf und Kommission einnimmt[3]. Als Innomminatkontrakt ist beim Trödelvertrag grundsätzlich von den im Vertrag ausdrücklich getroffenen Abreden auszugehen.

Der Kunsthändler empfängt beim Trödelvertrag vom Künstler[4] einen Kunstgegenstand und verpflichtet sich diesem gegenüber, entweder einen bestimmten Schätzungsbetrag als Preis für das Werk zu bezahlen oder es dem Künstler zurückzugeben[5]. Wie beim Kommissionsverkauf schliesst der Kunsthändler beim Trödelvertrag den Kaufvertrag über ein Kunstwerk mit einem Dritten in eigenem Namen ab. Hingegen handelt er, im Gegensatz zum Verkaufskommissionär, auch auf eigene Rechnung.

---

1 Vgl. § 3 A V 4
2 Vgl. frühere Rechtsprechung der BGer: BGE 47 II 218, geändert in BGE 55 II 41 und seither als besonderen Vertragstypus bezeichnet.
3 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 290
4 Es kann sich auch um einen Dritten handeln, welcher jedoch Eigentümer des Kunstwerkes sein muss.
5 Vgl. BGE 89 II 216/17; Meier-Hayoz 1 und dort zit. Literatur.

2. Wirkungen

Der Kunsthändler, welcher als Trödler auftritt, hat nicht wie beim Kommissionsvertrag die Pflicht, das übernommene Werk dem Publikum anzubieten und zu verkaufen; das Verhältnis zwischen Kunsthändler und Künstler stellt vielmehr eine Alternativobligation i.S. von Art. 72 OR dar. Dadurch steht dem Kunsthändler das Wahlrecht zu, das Werk entweder zu verkaufen oder aber dem Künstler zurückzugeben. Der Preis, den der Galerist dem Künstler gegebenenfalls zu bezahlen hat, wird zum vornherein vertraglich festgelegt. Dabei handelt es sich um einen Schätzungspreis, der unabhängig vom Verkaufspreis an den Dritterwerber ist. Der Kunsthändler kann die Werke zu einem beliebigen Preis verkaufen[1]. Dagegen hat er keinen Anspruch auf Vergütung einer Kommission[2]. Gibt der Kunsthändler die vom Künstler übernommenen Werke unter dem Schätzungspreis ab[3], hat er den Verlust selbst zu tragen; verkauft er sie über dem Schätzungspreis, kann er den Gewinn ganz für sich beanspruchen[4].

3. Beendigung

Stellt der Kunsthändler fest, dass Werke nicht oder nur schlecht verkäuflich sind, wird er sie dem Künstler umgehend zurückgeben. Dies bedeutet auch zugleich die Beendigung des Vertragsverhältnisses. Der Künstler hat seinerseits die Möglichkeit, das Vertragsverhältnis aufzulösen, wenn der Kunsthändler das Werk zwar übernimmt, jedoch keine Anstalten zum Verkauf trifft und das Werk auch nicht zurückgibt. Hier verletzt der Galerist seine Vertragspflichten aus dem Trödelvertrag.

Diese Vertragsart ist im Kunsthandel eher selten anzutreffen und wird eher bei Einzelstücken angewandt.

---

1 Vgl. BGE 69 II 110
2 Vgl. SJZ 48 (1952) 226
3 Dazu ist er deshalb berechtigt, weil er beim Trödelvertrag auf eigene Rechnung handelt; vgl. Guhl/Merz/Kummer 291; Meier-Hayoz 1
4 Vgl. Meier-Hayoz 5; BGE 69 II 110

VIII. Die Ausstellung

1. Rechtsnatur

Da sich der Ausstellungsvertrag aus verschiedenen schuldrechtlichen Elementen zusammensetzt, muss er als gemischter Vertrag bezeichnet werden[1]. Je nach den Umständen und den einzelnen Vereinbarungen beinhaltet er insbesondere folgende Vertragselemente:

a) Mietvertrag

Für die Ausstellung der Werke stellt der Galerist dem Künstler seine Räumlichkeiten für eine bestimmte Zeit zur Verfügung. Es handelt sich dabei um einen befristeten Mietvertrag i.S. von Art. 253 ff. OR. Die Ausstellungsräume sind in der Regel bereits mit den technisch und praktisch notwendigen Einrichtungen ausgestattet und entbinden den Künstler von der mühsamen Suche nach geeigneten Lokalitäten. Der Mietzins wird entweder bereits in die Provision aus dem Verkaufsgeschäft miteinberechnet oder dem Künstler gesondert in Rechnung gestellt.

b) Auftrag

Um in seiner künstlerischen Tätigkeit durch die Umtriebe der Ausstellung nicht übermässig behindert zu werden, beansprucht der Künstler regelmässig auch die Verkaufsorganisation sowie die Geschäftserfahrungen und weitreichenden Beziehungen des Galeristen. Dabei werden zwischen Künstler und Kunsthändler eine Vielzahl von Nebenleistungen, welche letzterer zu erbringen hat, vereinbart; z.B. die Herstellung von Ausstellungskatalogen, der Druck und die Verbreitung von Plakaten, Annoncen in Zeitungen und der Versand von Einladungen zur Eröffnung der Ausstellung an den Kundenkreis des Galeristen. Sodann ist das nötige Personal bereit-

---

1 Vgl. Pedrazzini 89

zuhalten, welches die Vernissage organisiert und mit dem Künstler zusammen die Werke geeignet hängt oder stellt. Alle diese Regelungen unterliegen weitgehend dem Auftragsrecht. Ebenfalls im Auftrage des Künstlers kann Presse, Rundfunk und eventuell Fernsehen eingeladen werden, welche durch fachkritische Artikel und Sendungen den Erfolg (aber auch den Misserfolg) einer Ausstellung wesentlich zu beeinflussen vermögen. Als weitere Empfehlung und zur Hebung der guten Laune gehören zur Eröffnung der Ausstellung erfrischende Getränke und eventuell sogar ein reichhaltiges kaltes Buffet.

c) Kommissionsvertrag

Als Hauptaufgabe obliegt dem Galeristen logischerweise die Ausstellung der Werke. Neben den äusserst seltenen Ausstellungen, bei denen die Kunstobjekte unverkäuflich sind, hat der Galerist in der Regel auch den Verkauf der Werke zu übernehmen. Dieser wickelt sich grundsätzlich auf Kommissionsbasis ab, da der Kunsthändler zwar in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Künstlers veräussert. Es kann deshalb im einzelnen auf die Ausführungen über den kommissionsweisen Verkauf verwiesen werden[1].

d) Leihe

Oft werden neben den normal verkäuflichen Werken auch unverkäufliche ausgestellt; dies deshalb, weil der Künstler bestrebt ist, einen möglichst umfangreichen und umfassenden Eindruck seines Schaffens zu vermitteln. Die unverkäuflichen Kunstobjekte stellt er dem Galeristen lediglich für die Zeit der Ausstellung unentgeltlich zur Verfügung. Nach Beendigung der Ausstellungsdauer sind sie dem Künstler zurückzugeben. Rechtlich handelt es sich hierbei um eine Gebrauchsleihe gemäss Art. 305 ff. OR.

---

1 Vgl. oben § 3 A V

2. Rechte und Pflichten des Galeristen

Da es sich beim Ausstellungsvertrag, wie oben dargelegt, um einen gemischten Vertrag handelt, ergeben sich aus den einzelnen schuldrechtlichen Elementen auch entsprechende Rechte und Pflichten einerseits des Galeristen und andererseits des Künstlers.

Aufgrund des Mietvertragsverhältnisses hat der Galerist dem Künstler die Ausstellungsräume in einem zum vertragsgemässen Gebrauch geeigneten Zustand zur Verfügung zu stellen und sie während der gesamten Mietzeit in demselben zu erhalten (Art. 254 Abs. 1 OR). Er selbst oder seine Angestellten sind verpflichtet, während der üblichen oder vereinbarten Geschäftszeit anwesend zu sein und die Räumlichkeiten offen zu halten, um dem Publikum den Zugang zur Ausstellung zu ermöglichen. Bei kleineren Galerien gibt es auch etliche, die lediglich in einer Wohnung untergebracht sind und somit selten Zufalls- oder Durchgangspublikum haben. Besichtigungen der Ausstellung können telefonisch vorangemeldet werden. Da es sich hier meistens um eine Einmanngalerie handelt, ist in der Regel der Eigentümer der Galerie persönlich anwesend, um die Kundschaft fachmännisch beraten zu können.

Im weiteren hat der Galerist auch für die Reinigung, den Unterhalt und die technischen Einrichtungen zu sorgen. Alle kleineren Dienstleistungen sind in der Regel durch das Honorar oder den Provisionsanspruch des Galeristen gedeckt.

Aus dem Kommissionsvertrag ergibt sich einerseits das Recht des Galeristen, Kaufverträge mit Dritten abzuschliessen und die Eigentumsübertragung vorzunehmen. Sodann steht dem Kunsthändler die zwischen ihm und dem Künstler vereinbarte Provision aus dem Werkverkauf zu. Andererseits hat er die Pflicht, auf Kaufabschlüsse hinzuwirken. Er hat diese selbst zu tätigen oder qualifiziertes Personal damit zu beauftragen. Eine Vertretung ist im Kunsthandel üblich und darf deshalb als zulässig betrachtet werden[1]. Etliche Kunsthändler – vor allem kleinere Galerien,

---

1 Vgl. Art. 398 Abs. 3 OR; in der Regel hat der Beauftragte das Geschäft persönlich auszuführen, ausser wenn eine Vertretung als zulässig betrachtet wird.

welchen das nötige Kapital fehlt – neigen jedoch dazu, fachlich unqualifiziertes und ungenügend geschultes Personal mit dem Verkauf und der Aufsicht über die Ausstellung zu betreuen, um sich dadurch hohe Lohnkosten zu ersparen. Es gilt sodann unter jungen Mädchen als fein, auch bei mangelhaftem Kunstverständnis und keinerlei praktischer Erfahrung im Kunstverkauf temporär in einer Galerie zu arbeiten. Einer solchen Entwicklung sollte von Seiten der Kunsthändler entgegengewirkt werden. Dies deshalb, weil der Kunsthandel dadurch einerseits an Glaubwürdigkeit verliert und der Ruf auch renommierter Galerien gefährdet werden könnte, andererseits weil der Galerist für das Handeln und Verhalten seiner Hilfspersonen einzustehen hat, wie wenn es sein eigenes wäre (vgl. Art. 101 OR)[1]. Er hat dem Künstler und auch den Kunden den Schaden zu ersetzen, welchen die Angestellten in Verrichtung ihrer Arbeit verursachen. Gemäss Art. 101 Abs. 2 OR könnte diese Haftung zwar zum voraus durch Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden. An eine solche Vereinbarung wird jedoch bei Abschluss des Ausstellungsvertrages nicht immer gedacht. Durch qualifiziertes Verkaufspersonal wird sich aber das Risiko eines eventuellen Schadens, verursacht durch die Angestellten, wesentlich vermindern lassen. Immerhin ist zu bedenken, dass es sich bei Kunstwerken um ansehnliche Werte handeln kann!

Der Galerist haftet dem Künstler aber auch ganz allgemein für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes[2]. So hat er die Kunstwerke vor Beschädigung etc. zu schützen, die Räumlichkeiten entsprechend zu heizen und für genügende Luftfeuchtigkeit besorgt zu sein[3]. Gemäss Art. 298 Abs. 1 OR, welcher bezüglich der Sorgfaltspflicht des Beauftragten auf die Bestimmungen über den Arbeitsvertrag verweist, haftet der Beauftragte für den Schaden, den er dem Auftraggeber absichtlich oder fahrlässig zufügt[4]. Dies gilt auch für die Kom-

---

1 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 433
2 Vgl. Becker zu Art. 398 OR
3 Vgl. Stelzl 34
4 Es findet jedoch im Gegensatz zum Arbeitsrecht keine Haftungserleichterung statt, da es sich bei Art. 298 OR um einen "gesetzgeberischen Unfall" handelt.

mission. Guhl[1] ist sogar der Ansicht, dass beim "Mandat eher strengere Grundsätze angewandt werden müssen. Vom Berufsmann darf erwartet werden, dass er den Anforderungen an einen tüchtigen Angehörigen seines Standes entspricht." Dieser Meinung ist zuzustimmen; bei einem Galeristen, welcher seine Dienste gegen Entgelt zur Verfügung stellt, sollte es sich um eine fachlich ausgewiesene Persönlichkeit handeln.
In der Praxis wird aber häufig jede Haftung, die nicht auf Verschulden des Kunsthändlers und seines Personals beruht, ausgeschlossen. Es stellt sich deshalb erneut das Problem der Versicherung des Kunstgutes. Im allgemeinen kann diesbezüglich auf die Ausführungen über das Kommissionsgeschäft verwiesen werden[2]. Da jedoch das finanzielle Engagement des Künstlers bei Ausstellungsverträgen sehr weit gehen kann, weil der Galerist selbst kein Risiko eingehen will oder dazu finanziell nicht in der Lage ist, hat er seine Werke – insbesondere bei kleineren Galerien – selbst zu versichern. Der Kunsthändler ist jedoch in der Regel bereit, eine Versicherung auf Kosten des Künstlers abzuschliessen.

Alle einzelnen Dienstleistungen, welche der Kunsthändler vertraglich übernommen hat, hat er verinbarungsgemäss auszuführen. Danach hat er z.B. den Künstler vom Verkauf einzelner Werke in Kenntnis zu setzen oder ihm nach Abschluss der Ausstellung den Verkaufserfolg mitzuteilen. Sodann hat er ihm eine Abrechnung über die Kosten und Provisionen etc. vorzulegen. Nicht zuletzt bezweckt der Künstler mit einer Kunstausstellung, durch Veröffentlichung seiner Werke seinen Ruf zu begründen, zu befestigen oder zu vergrössern und den Absatz zu fördern. Diesem Zweck entspricht die Pflicht des Kunsthändlers, das Publikum zu informieren, Ankündigungs- und Informationsmittel bereitzustellen und zu verbreiten.

Sodann hat der Galerist gegenüber dem Künstler auch Rechte. So stehen ihm Ersatzansprüche der aus dem Auftragsverhältnis entstandenen Auslagen und Verwendungen sowie allfällige Mietzinsforderungen für die Zurverfügungstellung der Ausstellungsräumlichkeiten zu, soweit sie nicht schon in die Provision miteinbezogen worden sind.

---

1 Guhl/Merz/Kummer 432
2 Vgl. § 3 A IV 2

Unverkäufliche Werke überlässt der Künstler dem Galeristen unentgeltlich. Letzterer hat sie nach der Ausstellung unversehrt zurückzugeben. Die gewöhnlichen Kosten für die Erhaltung und den üblichen Unterhalt dieser Werke obliegen dem Galeristen; handelte es sich jedoch um ausserordentliche Verwendungen, die der Galerist im Interesse des Künstlers zu machen gezwungen war, z.B. Ausgaben für die Versicherung der Kunstobjekte, so kann er von diesem Ersatz dafür verlangen (vgl. Art. 307 OR).

3. Rechte und Pflichten des Künstlers

Als wesentlichste Pflicht obliegt dem Künstler die Uebergabe seiner Werke zum Zwecke der Ausstellung. Im übrigen entsprechen die Rechte weitgehend den Pflichten und die Pflichten den Rechten des Galeristen. Insbesondere muss dem Künstler ein Mitwirkungsrecht bei der Anordnung seiner Werke in den Ausstellungsräumlichkeiten zugestanden werden[1]. Es wäre nämlich durchaus denkbar, dass die Unsorgfältigkeit des Galeristen und seines Hilfspersonals oder eine eigenwillige und unbegründete Anordnung der Werke eine Vertragsverletzung darstellen könnte, woraus dem Künstler Schadenersatzansprüche gemäss Art. 97 OR erwachsen würden. In der Praxis behält sich die Galerie jedoch oft vor, die Ausstellung ohne den Künstler gestalten zu können und die Werke bei Bedarf auch während der Ausstellung umzuhängen.

Als Pflicht obliegt dem Künstler ferner, die Werke vor Beginn der Ausstellung fristgerecht bei der Galerie abzuliefern und nach Ausstellungsende die nicht verkauften oder unverkäuflichen Werke wieder abzuholen. Lediglich grosse und kapitalkräftige Galerien übernehmen in der Regel den Transport und die daraus entstehenden Kosten. Sodann existiert bei zahlreichen Galerien das ungeschriebene Gesetz, dass der Künstler während der Ausstellung keine Atelierverkäufe tätigen darf. Andere wiederum erlauben dem Künstler zwar solche Verkäufe, verlangen aber eine gewisse Provision oder einfach einen Anteil am Verkaufserlös.

1 Vgl. Pedrazzini 92

4. Beendigung

Die Ausstellung endigt in der Regel mit Ablauf der im Vertrag vereinbarten Ausstellungszeit. Bei sehr grossem Zustrom und Publikumsinteresse kann ausnahmsweise eine Verlängerung stattfinden; meistens haben die Galerien jedoch auf längere Zeit disponiert und sich bereits vertraglich festgelegt.

Neben der üblichen Beendigung des Ausstellungsvertrages steht beiden Parteien der Rücktritt vom Vertrag wegen Vertragsverletzung offen. Der Künstler liefert z.B. nicht die vereinbarte Anzahl von Werken, weshalb sich eine Ausstellung im vorgesehenen Rahmen nicht bewerkstelligen lässt. Doch auch der Kunsthändler kann seinen Pflichten aus dem Ausstellungsvertrag ungenügend nachkommen, hält z.B. die Ausstellungsräume zu den vorgesehenen Zeiten nicht offen oder unterlässt seine Ankündigungs- und Informationspflicht etc.

5. Die Sammelausstellung

Stellen mehrere Künstler zusammen aus, so spricht man von einer Sammelausstellung. Es kann im allgemeinen auf das bei der Einzelausstellung Gesagte verwiesen werden mit der einzigen Ausnahme, dass die Kosten von den Künstlern anteilsmässig zu tragen sind.

B. Rechtsverhältnis zwischen Galerie und Kunden

I. Der Verkauf

1. Rechtsnatur

Der Verkauf eines Kunstwerkes ist im Kunsthandel der Regelfall. Es kommen die allgemeinen Vorschriften über den Kauf zur Anwendung (Art. 184 ff. OR). Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Galerist, dem

Käufer das Kunstwerk zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Galeristen den Kaufpreis zu bezahlen.

2. Antrag und Annahme

Der Galerist stellt seine Kunstwerke regelmässig in dazu bestimmten Räumen aus, zu welchen jedermann freien Zutritt hat. Er bietet sie somit einem unbestimmt grossen Publikum zum Kaufe an. Häufig wird zugleich eine Preisliste aufgelegt, anhand welcher sich der Interessent über die jeweiligen Preise orientieren kann; teilweise wird der Preis auch neben dem Werk angebracht. Sowohl das eine wie das andere ist als Offerte des Galeristen an den Käufer zu werten, da gemäss Art. 7 OR die Auslage von Waren mit Angabe des Preises in der Regel als Antrag gilt. Fehlt die Preisangabe, sodass der Preis erfragt werden muss, liegt selbst dann keine Auslage i. S. von Art. 7 Abs. 3 OR vor, wenn freier Zugang zu den zur Schau gestellten Kunstwerken besteht[1]. In diesem Falle lädt der Galerist den Käufer ein, selbst eine Offerte zum Kauf des Kunstwerkes zu machen. Letztere Art des Verkaufs kommt im Kunsthandel in der Regel nur beim kommissionsweisen Verkauf vor.

Der Antrag ist eine empfangsbedürftige Willensäusserung, durch welche der Galerist einem Kunden den Abschluss eines Vertrages in der Weise anbietet, dass das Zustandekommen desselben nur noch von der Zustimmung dieses anderen abhängt[2]. Ermächtigt zur Annahme des Vertrages ist jedermann bei der Auslage mit Preisangabe. Ein solcher Antrag ist (unter Anwesenden) gemäss Art. 4 Abs. 2 OR sofort anzunehmen oder der Antragsteller ist nicht mehr an seinen Antrag gebunden. Der Kunsthändler wird demzufolge, befinden sich zwei mögliche Käufer gleichzeitig in seiner Galerie, nicht dadurch gebunden, dass sich der eine oder der andere zuerst für das Kunstobjekt interessiert, sondern lediglich durch die definitive Annahme des Angebotes durch einen der Interessenten.

1 Vgl. Jäggi, AE, N 30 zu Art. 7 OR
2 Vgl. von Tuhr/Peter 182

Die Auslage der Werke begründet sodann eine Dauerbindung für den Galeristen, solange die Kunstwerke ausgestellt sind[1]. Der Antrag kann widerrufen werden durch das Entfernen der Preise oder der Kunstobjekte selbst. Da Abs. 3 von Art. 7 OR nur "in der Regel" gilt, handelt es sich um eine praesumtio iuris. Diese entfällt, wenn die ausgestellten Kunstobjekte mit Erklärungen versehen sind, die den Bindungswillen unmissverständlich ausschliessen, z.B. die Beschriftung "verkauft" oder "reserviert". Diesbezüglich ist im Kunsthandel das Anbringen von roten (= verkauft) und grünen (= reserviert) Klebeetiketten weit verbreitet. Ebenfalls den Sinn eines unverbindlichen Verkaufsangebotes haben die Vermerke "freibleibend" und "Zwischenverkauf vorbehalten"[2].

Der Antrag des Galeristen geht grundsätzlich auf den Abschluss eines sogleich vollziehbaren Barkaufs[3]. Der Käufer sollte bereit sein, das von ihm erworbene Kunstwerk bei Kaufabschluss bar zu bezahlen; andererseits wäre der Galerist verpflichtet, das Werk dem Käufer unverzüglich zu übergeben. Massgebend für den Käufer ist der für das betreffende Kunstobjekt angegebene Preis. Auf ein Versehen kann sich der Kunsthändler nur dann berufen, wenn es für den Käufer offensichtlich war oder gewesen sein musste.

Die Barkaufregeln und die sofortige Uebergabe der Werke werden in der Praxis jedoch weitgehend durchbrochen. So kommt der Galerist dem Käufer häufig insofern entgegen, als er ihm das gewünschte Kunstobjekt reserviert und ihm eine gewisse Frist zur definitiven Entscheidung, d.h. ein Kaufrecht[4] einräumt. Wer einem Käufer eine solche Frist setzt, bleibt bis zu deren Ablauf an den Antrag gebunden (vgl. Art. 3 Abs. 1 OR). Zudem akzeptieren die meisten Galerien Akontozahlungen; teilweise sind sie auch bereit – insbesondere bei Stammkunden – Rechnungen auszustellen. Diese sind zahlbar innerhalb von 30 Tagen ohne Skonto, insofern nicht anderslautende Zahlungsbedingungen vereinbart wor-

---

1 Vgl. auch § 5 der Usancen des KHVS
2 Vgl. § 5 Usancen des KHVS
3 Vgl. auch § 6 der Usancen des KHVS
4 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 300

den sind[1]. Andererseits wäre es grundsätzlich die Pflicht des Galeristen, sogleich bei Abschluss des Vertrages zu liefern. Auch diese Regel findet in der Praxis jedoch häufig ihre Durchbrechung[2].

3. Der Vertrag

Da es sich beim Kunsthandel um einen einfachen Fahrniskauf handelt und das Gesetz dafür keine bestimmte Form vorschreibt, bedarf es zur Gültigkeit eines Vertrages über den Ankauf von Kunstwerken auch keiner solchen (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR). Dies entspricht der Praxis, was eigentlich erstaunt; im Kunsthandel werden teilweise astronomische Beträge für Kunstwerke bezahlt, doch selten wird dabei ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen. In anderen Branchen wäre dies undenkbar. Offensichtlich lässt sich Kunst nicht einfach mit nüchternem Geschäftsgebaren vereinen, obwohl ein Grossteil des Kunsthandels zum Zwecke gewinnträchtiger Kapitalanlagen getätigt wird. Interessanterweise entstehen trotz dieser, man könnte sagen, leichtfertigen Art und Weise des Verkaufs relativ wenig Streitigkeiten im Kunstgeschäft. Andererseits mag es die Kulanz der Galeristen sein, welche die schriftliche Abfassung von Kaufverträgen bis heute nicht erfordert hat.

In der Regel wird dem Käufer beim Kauf eines Kunstwerkes eine Quittung über den Kaufpreis ausgestellt. Dies erleichtert den Nachweis des ehemals bezahlten Preises bei einem allfälligen Wiederverkauf des Kunstwerkes. Die weiteren Vereinbarungen werden mündlich getroffen. Immerhin ist dabei jedoch zu bemerken, dass für Eigenschaften des Kunstobjektes, welche vom Galeristen ausdrücklich zugesichert[3] worden sind, eine schriftliche Abfassung zu empfehlen wäre; dadurch wird bei allfälligen Streitigkeiten über vielleicht beiläufig geäusserte Zusicherungen Klarheit geschaffen.

---

1 Vgl. auch § 6 der Usancen des KHVS
2 Vgl. nachfolgend Ziff. 4
3 Vgl. nachfolgend Ziff. 9

4. Das Verbleiben des Kunstobjektes im Besitze des Galeristen auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses

Obwohl gemäss Art. 184 Abs. 2 OR der einfache Kauf, wie er bei Kunstwerken vorkommt, ein Zug um Zug Geschäft und der Käufer bei Uebergabe des Kaufpreises zur Entgegennahme des Werkes berechtigt wäre, verhält es sich in der Praxis häufig anders; der Kunsthandel hat hier ganz besondere Usanzen. Wie bereits ausgeführt, werden bei verkauften Kunstwerken in Ausstellungen rote Punkte oder der Vermerk "verkauft" etc. angebracht. Um jedoch die Ausstellung während der gesamten Ausstellungszeit als Einheit bestehen lassen zu können, um auch allen weiteren Besuchern einen umfassenden Eindruck über das Schaffen eines Künstlers zu vermitteln, bleiben die verkauften Kunstwerke regelmässig bis zum Ende der Ausstellung in der Galerie. Erst danach werden die Werke den Käufern ausgeliefert, zugeschickt oder zum Abholen bereitgestellt. Das Eigentum am Werk ist jedoch bereits bei Vertragsabschluss auf den Käufer übergegangen, und es ist lediglich branchenüblich, die Werke bis zum Ende der Ausstellung der Galerie zu überlassen.

Rechtlich gesehen handelt es sich dabei um ein constitutum possessorium. Der Veräusserer kann den Besitz an den Erwerber übertragen, dabei jedoch die Sache auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses zu einem beschränkten, dinglichen oder persönlichen Recht i.S. von Art. 920 ZGB zurückbehalten wollen[1]. In diesem Fall schliesst der Galerist mit dem Käufer einen zweiten Vertrag ab. Das besondere Rechtsverhältnis ist in der Regel ein Gebrauchsleihevertrag gemäss Art. 305 ff. OR, wobei sich die Parteien dessen äusserst selten bewusst sind. Durch den regelmässig stillschweigenden und formlosen Gebrauchsleihevertrag verpflichtet sich der Käufer, dem Galeristen das gekaufte Kunstwerk zu unentgeltlichem Gebrauch zu überlassen, und der Galerist seinerseits, dasselbe Kunstwerk nach Gebrauch dem Verleiher zurückzugeben bzw. zu übergeben. Von Bedeutung für den Galeristen ist die Tatsache, dass er bei ganz oder teilweise ausstehender Bezahlung des Kaufpreises ein Re-

---

1 Vgl. Tuor/Schnyder 478

tentionsrecht an dem mit Willen des Käufers in seinem Besitz befindlichen Kunstwerk beanspruchen kann, bis zur vollständigen Befriedigung seiner Forderung gegenüber dem Käufer[1]. Auch diese Möglichkeit ist sich der Galerist in der Regel nicht bewusst oder wird keinen Gebrauch davon machen wollen.

5. Das Verhältnis zwischen Galeristen und Käufer

Hat der Galerist seine Werke vom Künstler oder von einem Dritten gekauft, wird er auch Eigentümer derselben; grundlegende Probleme bei der Weiterübertragung auf den Käufer entstehen deshalb nicht. Das Eigentum geht ohne weiteres auch auf den Käufer über. Ein Grossteil der Galerien arbeitet jedoch auf Kommissionsbasis. Hier stellt sich die Frage, inwiefern dies rechtlich Konsequenzen für den Käufer bei der Uebertragung haben könnte. Zwar kommt der Kaufvertrag über ein Werk nach wie vor zwischen ihm und dem Galeristen zustande, da letzterer in eigenem Namen handelt; ebenso wird der Kunsthändler Kaufpreisgläubiger. Nach überwiegender Lehre und Rechtsprechung erwirbt er an dem ihm vom Künstler zum Verkauf übergebenen Kunstwerken jedoch kein Eigentum[2]. Er ist lediglich berechtigt, das Eigentum auf den Käufer zu übertragen. Wie verhält es sich jedoch, wenn die Berechtigung zur Uebertragung fehlt, z.B. wenn vom Galeristen oder seinem Personal wissentlich oder auch nur aus Versehen ein Werk verkauft wird, das ihm vom Künstler lediglich zu Ausstellungszwecken übergeben wurde und grundsätzlich unverkäuflich gewesen wäre? Der rechtmässige Eigentümer, d.h. der Künstler hätte dann eigentlich die Möglichkeit, gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB das Werk vom Käufer herauszuverlangen. Die Eingehung eines solchen Risikos kann dem Käufer, namentlich bei dem im Kunsthandel regen internationalen An- und Verkauf, jedoch nicht zugemutet werden. Es wäre völlig undenkbar, dass sich der Käufer bei jedem Kauf über die

---

1 Vgl. Leemann zu Art. 895 ZGB; Tuor/Schnyder 703
2 Vgl. oben § 3 A V 2 und dort zit. Literatur

Verkaufsbefugnis des Galeristen erkundigen müsste. Eine solche Informationspflicht entfällt nun aber für den Käufer deshalb, weil Art. 714 Abs. 2 ZGB statuiert, dass derjenige Eigentümer einer beweglichen Sache wird, welcher sie in gutem Glauben übertragen erhalten hat, auch wenn der Veräusserer zur Eigentumsübertragung nicht befugt gewesen wäre. Einschränkend wird zwar darüber hinaus bestimmt, dass diese Regel nur dann ihre Gültigkeit hat, wenn der Eigentümer nach den allgemeinen Besitzesregeln im Besitze der Sache geschützt ist. Dies trifft beim kommissionsweisen Verkauf jedoch zu, da es sich in der Regel um Werke handelt, welche dem Galeristen anvertraut worden sind (vgl. Art. 933 ZGB). Sogar bei Fehlen jeder Ermächtigung zum Weiterverkauf anvertrauter Werke ist der gutgläubige Käufer gemäss Art. 933 ZGB in seinem Eigentumsrecht geschützt. Sollte es sich allenfalls – ohne Wissen des Kunsthändlers – um gestohlene Werke handeln, so könnte der rechtmässige Eigentümer diese einem gutgläubigen Käufer nur gegen Vergütung des von ihm bezahlten Kaufpreises abfordern (vgl. Art. 934 Abs. 2 ZGB)[1].

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass der Käufer auch beim Kommissionsverkauf nicht genötigt ist, irgendwelche Abklärungen über die Verkaufsbefugnis des Galeristen vorzunehmen, da er, solange er nicht bösgläubig handelt, kein Risiko eingeht. Die Auseinandersetzungen über die richtige oder unrichtige Ausführung des Kommissionsauftrages bleibt eine Angelegenheit, die sich ausschliesslich zwischen Künstler und Galeristen abspielt.

Da der Kaufvertrag immer zwischen dem Galeristen und dem Käufer zustandekommt, hat letzterer sich bei jeder Beanstandung an den Kunsthändler zu richten, so auch bei eventuellen Gewährleistungsansprüchen; zum Künstler selbst hat er keine Rechtsbeziehungen, auch nicht zu anderen Lieferanten von Kunstwerken. § 8 der Usancen des KHVS bestimmt, dass der Verkäufer nicht verpflichtet sei, "dem Käufer den Namen seines Lieferanten bekanntzugeben. Provenienzangaben sollen sich im all-

---

1 Diese Bestimmung gilt im übrigen nicht nur für die Kommission, sondern auch dann, wenn der Galerist dem Käufer gegenüber als "vermeintlicher" Eigentümer des Kunstwerkes auftritt, es sich in Tat und Wahrheit jedoch um gestohlene Kunstobjekte handelt.

gemeinen nur auf den Pedigree, d.h. die Herkunft aus bedeutenden Sammlungen und dgl. beziehen."

6. Falschlieferung und Schlechtlieferung

Falschlieferung und Schlechtlieferung müssen insofern klar unterschieden werden, als nach herrschender Lehre und Rechtsprechung verschiedene Rechtsfolgen daran geknüpft werden. Liefert der Kunsthändler eine ganz andere Sache (aliud) als die versprochene, so liegt darin keine Erfüllung des Vertrages[1]. Der Käufer kann bis zum Ablauf der ordentlichen, zehnjährigen Verjährungsfrist (vgl. Art. 127 OR) seine Ansprüche gemäss Art. 97 ff. OR wahrnehmen[2]. Er ist weder zur Annahme des Werkes noch zur Mängelrüge verpflichtet. Beim Spezieskauf, um welchen es sich bei Kunstwerken regelmässig handelt, liegt ein aliud nur vor, wenn die Identität zu verneinen ist[3]. Diesbezüglich ergeben sich, wie weiter unten noch darzustellen sein wird[4], bei der Echtheit eines Kunstobjektes gewisse Probleme.

Bei Schlechtlieferung hat sich der Käufer auf die Bestimmungen über die Sachgewährleistung zu stützen, wodurch ihm einige Nachteile gegenüber den Rechtsbehelfen bei der Nichterfüllung erwachsen. Es ist deshalb verständlich, wenn immer wieder versucht wird, eine Schlechterfüllung als aliud zu qualifizieren, um dadurch die strengen Vorschriften der Art. 201 und 210 OR zu umgehen[5].

---

1 Vgl. von Tuhr/Escher 2
2 Vgl. Oser/Schönenberger, N 14 zu Art. 197 OR
3 Vgl. BGE 22 138; Becker, N 2 zu Art. 197 OR
4 Vgl. nachfolgend Ziff. 7 a
5 Vgl. Schubiger 120 ff.; grundsätzlich bestimmt § 9 der Usancen des KHVS, dass beim Verkauf eines Kunstobjektes der Verkäufer im Rahmen der einschlägigen Bestimmungen des OR haftbar wird.

7. Vorausgesetzte Eigenschaften

a) Echtheit des Kunstwerkes

Da das Kunstwerk allgemein als Ausdruck individueller Künstlerpersönlichkeit betrachtet wird, ist die Echtheit ein Essentiale des künstlerischen Erzeugnisses[1]. Zudem ist beim Kunstwerk als Kapitalanlage die Echtheit von grundlegender Bedeutung, da ein unechtes Werk ein Bruchteil der echten wert sein kann. Für den Käufer ist die Echtheit deshalb regelmässig eine "conditio sine qua non" für den Vertragsschluss. Diese Ansicht wird auch durch die herrschende Lehre und Rechtsprechung vertreten, welche die Echtheit eines Bildes nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr im allgemeinen als Grundlage des Vertrages betrachtet[2].

Strengere Anforderungen stellt die Praxis diesbezüglich bei Spekulationskäufen. Wer z.B. ein Gemälde von "Degas" zum damaligen Handelswert von Fr. 150'000.-- für Fr. 17'500.-- erwirbt, handelt ohne Zweifel mit Spekulationsabsichten und muss beim Kaufsabschluss ernstlich Anlass haben, an der Echtheit des Bildes zu zweifeln[3]. Es liegt demzufolge kein Mangel des Kunstobjektes vor. Anders entschied das Obergericht des Kantons Zürich[4] in einem Fall, bei welchem ein "Degas" zu Fr. 30'000.-- gekauft wurde. Obwohl der Käufer gewusst habe, dass normalerweise Gemälde dieses Künstlers nicht unter Fr. 500'000.-- erhältlich seien, handle es sich vorliegendenfalls nicht um einen Spekulationskauf. Kunsthändler und Sachverständige hatten den Wert des Bildes auf Fr. 60'000.-- geschätzt, da es zwar ein echter "Degas" sei, jedoch nicht "reif", "noch nicht vollendet" und "nicht fertig gemalt" gewesen sei und auch dem objektiven Betrachter den Schluss nahegelegt habe, dass es mit späteren "Degas" bei weitem nicht zu vergleichen sei. Der Käufer durfte daher den Preis als angemessen betrachten und demzufolge auch auf die Echtheit des Bildes vertrauen.

---

1 Vgl. Katz 18
2 Vgl. ZR 68 (1969) Nr. 1; BGE 82 II 424; von Tuhr/Siegwart, Bd. I, 279/280
3 Vgl. ZR 62 (1963) Nr. 35
4 ZR 68 (1969) Nr. 1

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass der Händler, welcher für die Echtheit eines Kunstobjektes nicht einstehen will, die Pflicht hat, seine Haftung für den Käufer in erkenntlicher Weise wegzubedingen[1]; lediglich beim Spekulationskauf oder beim Kauf zwischen Galerien, also m. a. W. unter Fachleuten, sind die Anforderungen an den Käufer strenger zu bemessen.

Somit stellt sich zwangsläufig die Frage, wann ein Kunstwerk echt ist? Echt ist es dann, "wenn es in seinem inneren Wesen mit dem übereinstimmt, was es durch die Art seiner äusseren Gestaltung zu sein vorgibt"[2]. Im Gegensatz dazu wäre ein Werk dann unecht, wenn es mehr vortäuscht, als es in Wirklichkeit ist. Unechte, d.h. mit Täuschungsabsicht geschaffene Werke sind Kunstfälschungen oder Kunstverfälschungen[3]. Als Fälschungen gelten z.B. Kopien, die einem Vorbild möglichst nahe kommen wollen; aber auch Wiederholungen oder Reprisen etc. gehören dazu. Bei Verfälschungen betrifft die Täuschungsabsicht nur bestimmte Teile des Kunstwerkes[4].

b) Fehler oder aliud

Rechtlich umstritten ist die Frage, ob ein Kunstwerk, das als echt, d.h. von einem bestimmten Künstler geschaffen, verkauft worden ist, jedoch in Wirklichkeit nicht von ihm stammt, lediglich mangelhaft ist oder ob ein Fall des nichterfüllten Vertrages vorliegt.

Auch wenn die geleistete Sache mit Fehlern behaftet ist oder der zugesicherten Eigenschaften ermangelt, so ist sie nach von Tuhr/Escher[5] bei einer Speziesschuld trotzdem der einzige Gegenstand der Verpflichtung und daher der richtige Gegenstand der Erfüllung. Die bundesgericht-

1 Vgl. nachfolgend Ziff. 9
2 Würtenberger 8
3 Vgl. Cramer 4 ff.; Diggelmann 57 f.; Würtenberger 2 f.
4 Vgl. Würtenberger 2 ff.; Katz 18 f.
5 Von Tuhr/Escher 2; vgl. dazu auch die kritischen Bemerkungen von Konrad Bloch, in seinem Artikel "Zur Frage der Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Kauf" in SJZ 53 (1959) 209 ff.; gegenteiliger Meinung ist auch Becker N 22 zu Art. 24 OR, Vorbem. zu Art. 197-210 OR N 4, N 2 zu Art. 197 OR

liche Rechtsprechung vertritt denselben Standpunkt. In einem für den Kunsthandel grundlegenden Entscheid führt das Bundesgericht aus[1]: "Wohl ist bei einem Spezieskauf die Erfüllungsklage und allenfalls die Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung gegeben, wenn der Verkäufer eine andere Sache liefert als die verkaufte. Aber es muss sich wirklich um eine andere Sache als die verkaufte, um ein aliud, handeln. Wo dagegen die verkaufte Sache geliefert wurde, kann nicht von einem aliud gesprochen werden; dies gilt auch dann, wenn der gelieferten Sache gewisse Eigenschaften fehlen, d.h. wenn sie Mängel aufweist, die ihren Wert oder ihre vorausgesetzte Tauglichkeit dermassen herabsetzen, dass sie deswegen nach der Verkehrsauffassung als eine Sache von anderer Art, anderer Gattung bezeichnet wird. Wo tatsächlich die verkaufte Sache geliefert wurde, ist die geschuldete Sache geliefert, also der Vertrag – wenn auch vielleicht schlecht – erfüllt. Dann ist für die Klage auf Erfüllung oder auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung kein Raum, gleichgültig ob die Mängel klein oder gross sind, und gleichgültig auch, ob es sich um blosse – "eigentliche" – Qualitätsmängel handelt oder um sogenannte Artmängel, d.h. "gattungsbestimmende, verkehrswesentliche Eigenschaften."

Das Bundesgericht stellt sich damit auf den Standpunkt, dass lediglich die äussere Identität zur Abklärung der Frage, ob eine Falschlieferung oder eine Schlechtlieferung vorliegt, von Bedeutung sei. So führt es im oben erwähnten Entscheid weiter aus: "Das Fehlen der sogenannten inneren Identität kann lediglich unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung oder des Grundlagenirrtums von Belang sein." Stammt das Werk nicht von demjenigen Künstler, von dem es angeblich erschaffen worden ist, so fehlt die innere Identität, die bezüglich Erfüllung oder Nichterfüllung des Vertrages irrelevant ist. Dem Käufer stehen somit bei einem unechten Werk lediglich die Rechtsbehelfe aus Sachgewährleistung und allenfalls diejenigen aus Willensmängel, insbesondere wegen Grundlagenirrtums, zu Gebote[2].

---

1 BGE 82 II 416
2 Vgl. ZR 68 (1969) Nr. 1; von Tuhr/Siegwart, Bd. I, 279 f.

Bloch[1] weist darauf hin, dass diese Lösung im Resultat zweifellos richtig sei und Treu und Glauben entspreche. Immerhin gibt er zu bedenken, dass für die Gewährleistungs- und Irrtumsvorschriften kurze Verwirkungs- bzw. Verjährungsfristen bestünden. Im Gegensatz dazu bedürfe es bei einer Falschlieferung keiner rechtzeitigen Mängelrüge und Anfechtungserklärung und die Schadenersatzklage verjähre erst in zehn Jahren. Gegen diese Bedenken spricht jedoch das Erfordernis der Verkehrssicherheit, kann es einem Galeristen doch nicht zugemutet werden, noch nach Jahren mit einer Klage wegen Nichterfüllung rechnen zu müssen[2]. Diese für den Käufer zugegebenermassen unbefriedigende Praxis wird jedoch durch die Kulanz zahlreicher Galerien wesentlich verbessert. Um ihrem guten Ruf genüge zu tun, sind sie in der Regel bereit, ein Kunstobjekt, das sich als Fälschung erweist, gegen Rückerstattung des Kaufpreises zurückzunehmen. Eine diesbezügliche gesetzliche Rechtspflicht besteht jedoch nicht; auch aus dem weitverbreiteten Handelsbrauch, der als reines Entgegenkommen des Kunsthändlers gegenüber dem Käufer zu betrachten ist, kann eine solche nicht abgeleitet werden. Immerhin statuiert § 9 der Usancen des KHVS beim Nachweis der Unechtheit eines verkauften Kunstobjektes eine Rücknahmepflicht des Galeristen auf 10 Jahre und die Pflicht zur Rückerstattung des seinerzeit erhaltenen Kaufpreises.

c) Andere Mängel

Als "andere Mängel" können u.a. Qualitätsmängel geltend gemacht werden; diesbezüglich spielt der Pedigree eines Kunstobjektes im Kunsthandel eine bedeutende Rolle. Eine lückenlos belegte Herkunftsgeschichte eines Gemäldes oder der Nachweis, dass es aus einer bekannten Sammlung stammt, werden im Handel regelmässig als Indiz der Echtheit betrachtet; dies wiederum ist bedeutend für die Preisgestaltung[3].

---

1 Bloch a.a.O. 211
2 Vgl. hierzu die ausführliche Behandlung dieses Problems bei Katz 94 ff.
3 Vgl. Würtenberger 12; Katz 21

Andererseits ist auch die Seltenheit eines Werkes von ausschlaggebender Bedeutung. Je kleiner das Angebot und je grösser die Nachfrage um so höhere Preise werden die Kunstwerke erzielen. So sind z. B. Lithografien mit niedrigen Auflagen teurer als solche mit hohen Auflagen desselben Künstlers. Der Käufer muss sich deshalb auf die auf der Lithografie angegebene Auflagezahl verlassen können, ansonsten er eine empfindliche Werteinbusse riskiert.

Andere Fehler sind aber auch physische Schäden. Offensichtliche Mängel hat der Käufer sofort zu beanstanden; anderenfalls wird vermutet, er habe diese stillschweigend genehmigt (vgl. Art. 201 Abs. 1 und 2 OR). Mängel, die bei der übungsgemässen Untersuchung und Prüfung des Kunstobjektes nicht wahrnehmbar waren - beispielsweise beinahe unsichtbare Reparaturen - und deshalb erst später entdeckt wurden, müssen sofort nach Entdeckung angezeigt werden, widrigenfalls das Kunstobjekt auch hinsichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt (vgl. Art. 201 Abs. 3 OR)[1].

8. Zugesicherte Eigenschaften

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, darf der Käufer beim Erwerb eines Kunstwerkes bestimmte Eigenschaften als vorausgesetzt betrachten[2]. Darüberhinaus steht es dem Galeristen frei, neben dem eigentlichen Vertrag zwischen ihm und dem Käufer weitere Eigenschaften des Kunstobjektes zuzusichern. Neben Echtheit und Urheberschaft können Seltenheit und Provenienz, aber auch Beziehungen, die den Affektionswert des Werkes steigern, als mögliche Zusicherungen in Frage kommen[3].

---

1 Vgl. Katz 59 ff.; § 6 der Usancen des KHVS statuiert die Pflicht des Galeristen, etwaige Mängel der Ware dem Käufer vor Abschluss des Kaufes mitzuteilen. Sodann sind aber Beanstandungen nachträglich entdeckter Mängel innerhalb von 8 Tagen nach Empfang der Ware anzubringen (vgl. § 4 der Usancen des KHVS).

2 Vgl. oben Ziff. 7

3 Vgl. Katz 49

Nach der älteren Rechtslehre liegt rechtlich gesehen eine rechtsgeschäftliche Garantieübernahme vor, welche zum eigentlichen Vertragsinhalt hinzutritt[1]. Das Bundesgericht stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich bei zugesicherten Eigenschaften nicht um einen Vertragsbestandteil handle, sondern "um eine letzten Endes auf die Grundsätze von Treu und Glauben zurückzuführende gesetzliche Haftung, die beim Vorhandensein eines bestimmten Tatbestandes, nämlich der bestimmt umschriebenen Vorstellungsäusserung oder Aussage des Verkäufers, platzgreift"[2]. Gewisse Autoren sind ebenfalls der Ansicht, die Zusicherung von Eigenschaften sei lediglich eine neben dem Vertrag hergehende Aussage[3]. Vorliegendenfalls ist es von geringer Bedeutung, wie die Zusicherung von Eigenschaften eines Kunstobjektes in rechtlicher Hinsicht zu qualifizieren ist; einhellig – allein dies interessiert den Käufer eines Kunstwerkes – wird der Verkäufer von Lehre und Rechtsprechung bei seinen Zusicherungen behaftet. Dabei handelt es sich um eine einseitige Erklärung des Kunsthändlers, welche völlig in seinem Belieben steht. Diese kann formlos und stillschweigend[4] erfolgen. Immerhin sei hierzu bemerkt, dass der Käufer mit Vorteil eine schriftliche Bestätigung verlangen sollte, ansonsten er bei der Durchsetzung seiner Ansprüche aus Sachgewährleistung in einen Beweisnotstand geraten könnte.

In Preislisten und Ausstellungskatalogen, aber auch in Inseraten Abgedrucktes darf in der Regel als Zusicherung bestimmter Eigenschaften angesehen werden[5], nicht jedoch im Kunsthandel allgemeinübliche An-

---

1 Vgl. Cramer 14; Oser/Schönenberger N 8 zu Art. 197 OR

2 Vgl. BGE 71 II 240 und ein unveröffentlichtes Urteil vom 18. Dezember 1945 in Sachen Bosshardt und Lieber ca. Immobilien AG, Frauenfeld; vgl. dazu auch BGE 88 II 41

3 Vgl. Stauffer, W., "Von der Zusicherung gemäss Art. 197 OR" in ZBJV 80 (1944) 149; vgl. diesbezüglich auch die kritischen Bemerkungen von Jäggi 67-86

4 Eine stillschweigende Zusicherung bezüglich der Echtheit eines Kunstwerkes kann z.B. vorliegen, wenn die Preisfestsetzung darauf schliessen lässt; vgl. Becker, N 14 zu Art. 197; Oser/Schönenberger N 8 zu Art. 197. Die blosse Angabe des Galeristen, das Werk habe einen bestimmten Preis, stellt jedoch noch keine Zusicherung i.S. von Art. 197 OR dar; vgl. Guhl/Merz/Kummer 332; BGE 91 II 353

5 Vgl. Becker N 16 zu Art. 197

preisungen, die lediglich die Kauflust steigern sollen und deshalb unverbindlich gemeint sind[1]. Es bleibt deshalb in jedem Fall zu prüfen, ob es sich möglicherweise bloss um reklamehafte Anpreisungen handelt, wofür der Galerist nach allgemeiner Verkehrsanschauung grundsätzlich nicht einzustehen hat[2].

Für die zugesicherten Eigenschaften haftet der Galerist dem Käufer gemäss Art. 197 OR. Bedingung für die Haftung ist jedoch, dass die Zusicherung für den Kaufentschluss des Käufers kausal war[3], d.h. wenn die Zusicherung nach den Erfahrungen des Lebens den Kaufentschluss eines Käufers herbeizuführen vermochte[4]. Dem Galeristen steht demgegenüber jederzeit der Nachweis offen, dass die Zusicherung für den Käufer bedeutungslos gewesen sei[5].

9. Wegbedingung der Sachmängelhaftung

Da die Vorschriften über die Gewährleistung dispositiver Natur sind, hat der Kunsthändler grundsätzlich die Möglichkeit, seine Haftung in einem gewissen Umfang einzuschränken oder gänzlich wegzubedingen (auch Freizeichnung genannt)[6]. In der Regel wird er dies schriftlich festhalten; denkbar ist aber auch eine stillschweigende, formlose Wegebdingung, z.B. in der Ansetzung eines offensichtlich dem Originalgemälde nicht entsprechenden Preises[7]. Beim Kauf von Kunstobjekten stösst man re-

---

1 Vgl. Stauffer a.a.O. 151; Jäggi a.a.O. 73 f. und 78; Becker N 11 zu Art. 197

2 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 332; vgl. auch die Abgrenzung zwischen reklamehafter Anpreisung und Zusicherung bestimmter Eigenschaften in Sem Jud 1954 465

3 Vgl. BGE 71 II 240 f. und dort zit. Literatur sowie BGE 73 II 222; vgl. auch Guhl/Merz/Kummer 332

4 Vgl. BGE 87 II 248/9

5 Vgl. BGE 71 II 241

6 Vgl. Becker N 1 zu Art. 109 OR; Oser/Schönenberger N 1 zu Art. 199 OR; Guhl/Merz/Kummer 333 lit. e; gemäss § 10 der Usancen des KHVS kann bei ausdrücklicher Ablehnung einer Echtheitsgarantie durch den Galeristen der Verkauf auch dann nicht angefochten werden, wenn der Käufer im Glauben war, er kaufe einen echten Gegenstand.

7 Vgl. Oser/Schönenberger N 2 zu Art. 199 OR; ZR 62 (1963) Nr. 35

gelmässig auf handelsübliche Klauseln, welche die Haftung des Verkäufers für gewisse Eigenschaften des Kunstobjektes ausschliessen sollen, z.B. "Edgar Degas zugeschrieben", "aus der Schule von Rembrandt" oder "angeblich von Edgar Degas"[1]. Ein Ausschluss der Haftung seitens des Händlers kann sogar dann vorliegen, wenn über das Werk ein Gutachten erstellt worden ist, welches die Echtheit attestiert. So führte das Obergericht des Kantons Zürich aus[2]: "Andererseits besagt der Zusatz "zugeschrieben im Zusammenhange mit dem nachfolgend genannten Gutachten, dass der Verkäufer sich für die Zuschreibung des Bildes an Edgar Degas nur auf dieses Gutachten stütze und jede weitergehende Haftung für die Echtheit ablehne." Diese Erwägungen verdeutlichen, dass keine festen Regeln aufgestellt werden können und der jweilige Wille der Parteien im Einzelfall beurteilt werden muss. Es empfiehlt sich deshalb auf jeden Fall, Einschränkungen bezüglich der Sachmängelhaftung des Galeristen bzw. Freizeichnungen schriftlich abzufassen, um späteren Differenzen vorzubeugen. Dies liegt sowohl im Interesse des Käufers als auch in demjenigen des Verkäufers. Es darf an dieser Stelle hinzugefügt werden, dass ganz allgemein ein gesundes Misstrauen im Kunsthandel wohl nie fehl am Platze ist.

10. Die absichtliche Täuschung

Eine absichtliche Täuschung kann entweder im Verschweigen von Wahrheit oder im Behaupten von Unwahrheit liegen. Um rechtlich gegen den Verkäufer, welcher den Käufer arglistig getäuscht hat, vorgehen zu können, muss die Täuschung den Käufer zum Kauf des Kunstobjektes veranlasst haben, d.h. kausal für den Kauf gewesen sein.

Bei der Behauptung von Unwahrheiten ist die Rechtslage in der Regel klar. Schwierigkeiten können sich höchstens bei einer stillschweigen-

---

1 Vgl. Katz 55; ZR 62 (1963) Nr. 35, wobei hier die Bedeutung des Ausdruckes "zugeschrieben" ohne weitere Angaben offengelassen wurde. Der tatsächliche Inhalt ist je nach den Umständen zu eruieren.

2 ZR 62 (1963) Nr. 35

den "aktiven" Täuschung durch den Galeristen ergeben, wenn z.B. für eine Imitation der Preis eines echten Kunstwerkes verlangt wird und der Käufer erkennbarermassen ein echtes erwerben wollte[1]. Umstritten ist jedoch die Rechtslage beim Verschweigen von Wahrheiten. Ein Kauf wegen Täuschung durch Verschweigen kann lediglich dann eine Anfechtung des Vertrages zur Folge haben, wenn für den Verkäufer eine Aufklärungspflicht bestanden hat. Hier ist aber gerade im Kunsthandel die Lehre geteilter Meinung. Gewisse Autoren verneinen eine Aufklärungspflicht gänzlich[2] und andere wollen diesbezüglich keinen strengen Massstab anlegen[3]. Mit Katz[4] ist jedoch darin einig zu gehen, dass eine allgemeine Einschränkung der Offenbarungspflicht nicht angeht. Der Käufer, der regelmässig die unerfahrenere Partei ist und sich auf die Fachkenntnisse des Galeristen verlässt, ist berechtigt, "die im loyalen Geschäftsverkehr übliche Ehrlichkeit und Offenheit zu fordern"[5]. Eine allzularge Praxis würde nicht zuletzt auch dem Ansehen redlicher Galerien schaden und die Existenz zweifelhafter Kunstunternehmen unterstützen. Eine solche Entwicklung würde die Glaubhaftigkeit des Kunstmarktes, welche bereits heute nicht mehr über alle Zweifel erhaben ist, in Frage stellen. Es ist deshalb ein Postulat unserer Zeit, in welcher auch der "kleine Kunstsammler" Vermögensteile in Kunst anlegt, diesen fachmännisch und seriös zu beraten. Wie weit die Aufklärungspflicht im einzelnen gehen soll, ist mitunter auch vom jeweiligen Käufer abhängig. So soll bei einem Laien, welchen der Galerist als solchen erkannt hat, die Aufklärungspflicht weitergehen als bei einem Fachmann oder einem Berufskollegen[6].

§ 7 der Usancen des KHVS verpflichtet den Galeristen, etwaige Mängel der Kunstobjekte vor Abschluss des Kaufes dem Käufer mitzuteilen.

Wurde der Käufer in irgendeiner Weise getäuscht und liess er sich dadurch zum Kauf eines Kunstobjektes verleiten, hat er die Möglichkeit,

---

1 Vgl. Katz 123
2 Vgl. Koch 90; Linke 16 und 20
3 Vgl. von Cleric 157; Gilomen 83
4 Katz 125/126
5 Katz 162
6 Vgl. Stelzl 44

den Vertrag gemäss Art. 28 Abs. 1 OR anzufechten. Sind nebst der Täuschungsanfechtung auch Rechtsbehelfe aus Sachgewährleistung anwendbar, so empfiehlt es sich, diese alternativ anzurufen. Lehre und Rechtsprechung bejahen ein solches Vorgehen allgemein, weil dadurch alle Möglichkeiten gewahrt bleiben[1].

II. Der Einkauf

Neben den üblichen Verkaufsgeschäften des Galeristen, bei welchen er von Künstlern oder Dritten eingekaufte oder zur Verfügung gestellte Werke Interessenten anbietet und verkauft, übernehmen gewisse Galerien auch den Einkauf von Kunstobjekten für Dritte. Letztere suchen ganz bestimmte Kunstwerke oder sind beispielsweise Liebhaber einer besonderen Kunstrichtung; dem versierten Kunsthändler fällt es hier bedeutend leichter, die von den Interessenten gesuchten Werke ausfindig zu machen. Er verfügt über geeignete Beziehungen in der Kunstszene, um an die gesuchten Werke überhaupt heranzukommen.

1. Rechtsnatur

Solche durch Dritte einem Galeristen in Auftrag gegebene Einkäufe von Kunstwerken werden in der Regel kommissionsweise durchgeführt. Es gelangen deshalb die Bestimmungen über die Kommission (Art. 425 ff. OR) sowie ergänzend diejenigen über das Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) zur Anwendung. Diesbezüglich kann weitgehend auf die Ausführungen über die Verkaufskommission Künstler/Galeristen[2] verwiesen werden.

---

1 Vgl. Oser/Schönenberger N 5 zu Art. 197 OR; Becker N 16 zu Art. 28 OR; BGE 81 II 217

2 Vgl. oben § 3 A V

2. Der Vertrag

Der Interessent gibt dem Galeristen in der Regel einen Kaufauftrag für ein bestimmtes Kunstobjekt und vereinbart mit ihm einen maximalen Kaufpreis. Wenn immer möglich soll der Kunsthändler jedoch billiger einkaufen. Die Preisdifferenz hat er dem Auftraggeber zukommen zu lassen (vgl. Art. 428 Abs. 3 OR). Dem Galeristen steht eine Einkaufsprovision zu, die zwischen den Parteien individuell bestimmt wird. Beispielsweise können die Parteien vereinbaren, dass sich die Provision um einen gewissen Betrag erhöht, wenn es dem Galeristen gelingt, wohlfeiler als vorgesehen einzukaufen; dies bewirkt einen gewissen Anreiz, den vom Dritten geforderten Kaufpreis herunterzudrücken, wovon auch der Auftraggeber profitieren wird.

Der Dritte liefert die bei ihm gekauften Kunstgegenstände regelmässig an den Galeristen, da dieser in eigenem Namen auftritt, und nicht direkt an den Interessenten, dessen Name gegen aussen gar nicht genannt zu werden braucht.

Umstritten in Lehre und Rechtsprechung ist, ob das Eigentum am Werkexemplar vom Dritten vorerst auf den Kommissionär (vorliegendenfalls den Galeristen) oder direkt auf den Kommittenten (Interessent) übergeht[1]. Lemp[2] ist der Ansicht, dass die Frage, auf wen das Eigentum übergeht, lediglich vom Willen des Kommissionärs abhänge. Das Innenverhältnis zwischen Kommissionär und Kommittenten interessiere den verkaufenden Dritten wenig; ihm gehe es lediglich darum, sich von seiner Verpflichtung zu befreien. Dieser Meinung ist m. E. grundsätzlich beizupflichten. Immerhin ist zu bemerken, dass die Eigentumsverhältnisse für den Auftraggeber insofern von geringer Bedeutung sind, als Art. 401 Abs. 1 OR zu seinen Gunsten bestimmt, dass Forderungsrechte des Beauftragten gegen Dritte, erworben für Rechnung des Auftraggebers

---

1 Vgl. z. B. Guhl/Merz/Kummer 464; Becker N 1, 2 und 3 zu Art. 434 OR

2 Vgl. Lemp Paul, Das Eigentum am Erlös aus Kommissionswaren, in ZSR 61 (1942) 299

in eigenem Namen, auf letzteren übergehen, sobald dieser seinen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist. Es liegt somit schlussendlich in den Händen des Auftraggebers, die allenfalls beim Galeristen entstandenen Eigentumsrechte durch Erfüllung seiner Vertragspflichten von Gesetzes wegen auf ihn übergehen zu lassen.

III. Geschäfte unter Galerien

Geschäfte zwischen den Galerien sind Geschäfte unter Kaufleuten, weshalb gewisse Handelsbräuche zur Anwendung gelangen. Beispielsweise gewähren sich die Galeristen untereinander einen Kollegenrabatt, der in der Regel 10% des Kaufpreises beträgt; gelegentlich kann er auch höher oder tiefer angesetzt werden. Eine solche Uebung wird von den Galerien allgemein bejaht und auch durchwegs praktiziert.

Zur Bildung einer Verkehrssitte braucht es einerseits die Zustimmung der Beteiligten und andererseits eine langjährige und tatsächliche Ausübung. Diese Voraussetzungen sind im Kunsthandel bezüglich des Kollegenrabattes erfüllt. Man darf deshalb von einem diesbezüglichen Handelsbrauch ausgehen. Dies hat zur Folge, dass der Galerist im Verkehr mit Kollegen von der Gewährung eines Rabattes ausgehen kann und sich bei Nichtgewährung auf die Uebung berufen kann. Will ein Galerist einem Kollegen keinen Rabatt gewähren, so hat er diesen davon vorgängig in Kenntnis zu setzen.

§ 3 der Usancen des KHVS bestimmt sodann, dass Angebote von Kollegen beim Ankaufsgeschäft mit Preisforderungen erfolgen sollen; "sie sind verbindlich, wenn sie nicht ausdrücklich den Vermerk "freibleibend" oder "Zwischenverkauf vorbehalten" tragen. Befristete feste Angebote sollten nur in Ausnahmefällen gekürzt werden. Die Fristverkürzung ist so zu gestalten, dass dem Empfänger der Offerte deren Annahme noch möglich ist." Diese Regeln gelten zwar grundsätzlich nur für Mitglieder des KHVS, können aber grösstenteils auch aus den ein-

schlägigen Bestimmungen des OR abgeleitet werden und sind somit für alle Geschäfte unter Kunsthändlern verbindlich; im übrigen entsprechen sie auch weitgehend den Gepflogenheiten in der Praxis.

IV. Die Versteigerung

Die Versteigerung gehört in der Regel nicht zu den typischen Geschäften einer Galerie; diese beschränkt sich im allgemeinen auf Ausstellungen und den Verkauf von Kunstwerken. Die Versteigerung soll deshalb nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein.

V. Das Grafikabonnement

1. Entwicklung

Durch die in den letzten Jahren nach und nach gesteigerte Beliebtheit von Grafikblätter, welche in letzter Zeit zu einer eigentlichen "Grafikschwemme" geführt hat, wurden auch neue Wege gesucht, Grafik einem noch breiteren Publikum zugänglich zu machen. Zudem erkannte man frühzeitig die kommerziellen Möglichkeiten, welche in diesem Potenzial von neuen Liebhabern lagen. Durch die Grafik wurde Kunst auch für weniger Bemittelte erschwinglich. Eine logische Folge dieses "Grafikbooms" war dann das Grafikabonnement, welches ganz besonders dazu geeignet ist, Kunst einem breiten Interessentenkreis zugänglich zu machen.

Galerien kennen das Grafikabonnement weniger; vertrieben wird es vornehmlich durch Buchgemeinschaften. Im Gegensatz zu den Galerien haben letztere einen in der Regel erheblich grösseren Kundenkreis (Mitglieder), wodurch sich der Vertrieb von Grafiken im Abonnement erst lukrativ gestalten lässt.

Da die Grafikblätter regelmässig weit unter dem Preis verkauft werden, den man bei einem Einzelkauf in einer Galerie bezahlen müsste

(teilweise bis zu 50% Reduktion), braucht es eine feste, zum voraus bestimmte Anzahl von Abnehmern, mit welcher der Händler rechnen kann. Diese wird dadurch erreicht, indem alle Abonnenten sich verpflichten müssen, in gewissen Zeitabständen eine bestimmte Anzahl von Grafiken, respektive für einen bestimmten Betrag Grafiken zu beziehen. Dadurch geht der Kunsthändler kein Risiko ein und weiss bereits zum voraus, dass er ganze Auflagen absetzen kann. Dies wiederum ermöglicht es ihm, eine beachtliche Preisreduktion zu gewähren.

Das Grafikabonnement bietet jedoch nicht nur dem Händler und dem Käufer Vorteile, sondern ist auch für den Künstler durchaus von Interesse, kann er seine gesamte Auflage doch "en bloc" an den Kunsthändler verkaufen. Er trägt nicht, wie beispielsweise beim kommissionsweisen Verkauf das Risiko des Absatzes und braucht auch nicht jedesmal auf seine Bezahlung durch den Galeristen zu warten. Beim Grafikabonnement erfolgt in der Regel Barzahlung bei Uebergabe der Auflage an den Kunsthändler, welcher ja seinerseits bereits weiss, dass alle Blätter verkauft werden können.

2. Der Vertrag

Der Kunstliebhaber, welcher sich entschliesst, Grafik zu abonnieren, hat sich einer Kunstvertriebsorganisation durch Beitrittserklärung anzuschliessen. Die Aufgabe des Verlagshauses besteht darin, auf dem Kunstmarkt Grafikblätter einzukaufen und sie ihrem Kundenkreis mittelst periodisch erscheinenden Katalogen oder Broschüren und Prospekten anzubieten. Sie garantiert eine bestimmte Auflagezahl, numerierte und durch den Künstler signierte Grafikblätter sowie einen einwandfreien Druck derselben.

Das Mitglied seinerseits verpflichtet sich beispielsweise, pro Jahr eine festgelegte Anzahl von Grafikblättern zu beziehen oder für einen bestimmten Betrag solche einzukaufen. Die Vertragsklauseln im einzelnen variieren sehr stark von Verlag zu Verlag. Z.B. kann sich die Edition verpflichten, ein Grafikblatt pro Monat anzubieten, und der Käufer sei-

nerseits, insgesamt 6 Blätter davon zu beziehen. Bei der Abnahme des gesamten Angebotes hat der Käufer in der Regel einen festen Anspruch auf jedes neu erscheinende Blatt; bei anderen Abnahmeregelungen trägt er das Risiko, dass die Auflage bei seinem Bestellungseingang eventuell bereits vergriffen ist. Manche Editionen räumen dem Käufer auch ein befristetes oder sogar unbefristetes Umtauschrecht ein, wobei die bereits bezahlten Beträge auf die neue Grafik angerechnet werden. Gewisse Editionen schenken ihren Mitgliedern als Treueprämie eine Grafik pro Jahr.

3. Rechtsnatur

Rechtlich handelt es sich beim Grafikabonnement um einen Sukzessivlieferungskauf[1], welcher vom Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt wird. Er besteht "im Abschluss eines einheitlichen Vertrages über die Lieferung der Ware in zeitlich getrennten Teilleistungen"[2]. So ist beispielsweise der Kauf aller innerhalb eines Jahres edierten Grafiken als Vertrag anzusehen, die Lieferungen der einzelnen Grafikblätter als Teilleistungen dieses Vertrages. Der Zeitpunkt für jede einzelne Teilleistung kann zum voraus bestimmt sein oder von der einen oder anderen Partei je nach Vereinbarung festgesetzt oder abgerufen werden[3]. Der Vertrag könnte grundsätzlich mündlich abgeschlossen werden; im Kunstvertriebsgeschäft ist jedoch – wie bereits ausgeführt – eine schriftliche Beitrittserklärung üblich.

4. Beendigung

Das Grafikabonnement wird in der Regel durch den Austritt des Mitgliedes beendet. Dieser erfolgt normalerweise durch Kündigung auf Ablauf

---

1 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 305
2 Guhl/Merz/Kummer 304/305
3 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 305

eines Jahres unter Einhaltung einer angemessenen oder der vereinbarten Kündigungsfrist.

Neben dem ordentlichen Austritt kann das Mitglied wegen mangelhafter Lieferung, aus Verzug oder aus Unmöglichkeit der Lieferung unabhängig von der Vertragsdauer jederzeit sein Rücktrittsrecht geltend machen[1].

Dasselbe gilt für die Edition, wenn das Mitglied ungerechtfertigterweise die Annahme der Grafikblätter verweigert[2] oder sich in Zahlungsverzug befindet[3]. Da es sich beim Sukzessivlieferungsvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt, kann im übrigen auf die unter § 3 A III gemachten Ausführungen verwiesen werden.

VI. Die Leihgalerie

1. Entwicklung

Die Leihgalerie ist ein relativ junges Institut. Sie ist aus dem Gedanken entsprungen, einem breiten Kreis von Kunstinteressierten die Möglichkeit zu geben, sich nicht sogleich zu einem Kauf entschliessen zu müssen, sondern das Kunstwerk vorerst einmal in der eigenen Umgebung zu Hause auf sich wirken lassen zu können. Ein weiterer wesentlicher Vorteil für den Kaufinteressenten liegt darin, dass er zwar sofort über das Kunstwerk verfügen kann, den Kaufpreis jedoch nicht sogleich gesamthaft zu erbringen hat[4].

Logischerweise spielt der Händler mit dem Hintergedanken, ein einmal aufgehängtes oder ausgestelltes Werk, welches dem Kunstliebhaber zusage, werde in der Regel nicht mehr zurückgegeben. Um die Bereitschaft zum Kauf noch zu fördern, gewähren viele Verleiher ihren Kunden das Recht, nicht mehr gewünschte Werke zurückzugeben und dafür neue mitzunehmen.

---

1 Vgl. Hürlimann 21 ff.
2 Vgl. Hürlimann 58 ff.
3 Vgl. Hürlimann 62 ff.
4 Vgl. Giger 21

Offenbar hat es sich aber in jüngster Zeit gezeigt, dass die an und für sich zu begrüssende Idee der Leihgalerie auch einige Probleme aufzuwerfen vermag. Dies dürfte wohl mit ein Grund dafür sein, dass man sich vielerorts von dieser Art des Kunsthandels wieder distanziert hat. Die Werke wurden teilweise unsachgemäss behandelt und erlitten durch die ständige Handänderung beträchtlichen Schaden. Grafikblätter verloren durch zu starke Sonneneinstrahlung ihre Farben und wurden dadurch unverkäuflich oder in ihrem Werte wenigstens erheblich herabgesetzt. Trotz monatlicher Entschädigung trägt der Galerist dennoch ein relativ hohes Risiko, welches sich auf die Dauer offenbar nicht bezahlt gemacht hat. Wohl deshalb ist die Leihgalerie in der Schweiz nie richtig aufgekommen und noch heute eher selten anzutreffen.

2. Der Vertrag

Die Leihgalerie beruht auf dem Prinzip, Kunstwerke aller Arten an Kunstliebhaber auf gewisse Zeit abzugeben. Innerhalb dieser Frist kann sich der Entlehner zum Kauf oder zur Rückgabe des Werkes entschliessen. Der Kunde bezahlt für das Ausleihen eines Werkes ein monatlich fälliges Entgelt, welches in der Regel beim Kauf voll angerechnet wird. Entschliesst sich der Entlehner zur Rückgabe des Kunstobjektes, ohne ein neues zu beziehen, so verfallen die bereits geleisteten Zahlungen.

Nicht zu verwechseln ist die Tätigkeit der Leihgalerie mit der Gepflogenheit zahlreicher Galerien, dem Kunstinteressenten eine Art Kauf auf Probe einzuräumen, indem sie ihm das Werk kurzfristig mitgeben, um es probeweise aufzuhängen oder aufzustellen. Bei letzterem handelt es sich um eine einfache Gebrauchsleihe (vgl. Art. 305 ff. OR).

3. Die Rechtsnatur

In rechtlicher Hinsicht ist die Bezeichnung "Leihgalerie" irreführend und unzutreffend. Kunsthändler und Künstler schliessen nicht etwa einen Gebrauchsleihevertrag i.S. von Art. 305 ff. OR ab, der grundsätzlich

unentgeltlich wäre, sondern einen aus verschiedenen Elementen zusammengesetzten Vertrag[1], eine Kombination aus Miet- und Kaufvertrag, kurz Miet-Kauf-Vertrag genannt[2]. Es handelt sich dabei um eine gesetzlich nicht geregelte Modifikation des Kaufvertrages i. S. eines Innominatkontraktes, sofern es sich um einen echten Mietkaufvertrag handelt. Dieser liegt grundsätzlich nur dann vor, wenn die Umwandlung von Miete in Kauf zwingender Natur ist[3]. Da im Kunsthandel ein Kaufzwang in der Regel jedoch nicht vereinbart wird, handelt es sich streng genommen nicht um einen Mietkaufvertrag im eigentlichen Sinne. Man könnte ihn jedoch als Miet-Kauf-Vertrag im weiteren Sinne bezeichnen, wobei die Unterteilung des Wortes die Selbständigkeit der einzelnen Vertragsteile dokumentieren soll.

Art. 226 m OR bestimmt, dass Miet-Kauf-Verträge, soweit die Parteien die gleichen wirtschaftlichen Zwecke wie beim Abzahlungsvertrag verfolgen, unter dessen Bestimmungen fallen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob sich die im Kunsthandel üblichen Miet-Kauf-Verträge eventuell nach den Regeln des Abzahlungsgeschäftes zu richten haben und damit auch bestimmte Formerfordernisse einzuhalten wären. Die strengen Vorschriften, welche der Gesetzgeber für den Abzahlungsvertrag und ähnliche Rechtsgeschäfte vorgesehen hat, finden ihre Berechtigung in der lange dauernden Verpflichtung des Käufers gegenüber dem Verkäufer. Eine solche Bindung will wohl überlegt sein, weshalb dem Abzahlungsverpflichteten durch einen schriftlichen Vertrag vor Augen gehalten werden soll, wie einschneidend die Folgen seiner Unterzeichnung sein können. Ist die in Art. 226 c OR aufgeführte Frist von 5 Tagen nach Erhalt eines beidseitig unterzeichneten Vertragsdoppels abgelaufen, kann der Käufer nur noch bei einer Vertragsverletzung des Verkäufers vom Vertrag zurücktreten.

Der Miet-Kauf-Vertrag im Kunsthandel enthält nun aber in der Regel gerade keine so weitgehenden Verpflichtungen des Mietkäufers wie

---

1 Vgl. Giger 122
2 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 313
3 Vgl. Giger 128

beispielsweise beim Abzahlungsvertrag. Er muss das gemietete Werk nicht kaufen, sondern kann durch Kündigung vom Vertrag zurücktreten. Er ist nicht wie der Käufer im Abzahlungsgeschäft oder im Mietkaufvertrag im engeren Sinne zur Abnahme und damit zur Bezahlung des Werkes verpflichtet. Der Miet-Kauf-Vertrag im Kunsthandel ist klar unterteilt in eine reine befristete bzw. resolutivbedingte Miete und den nachträglichen suspensivbedingten oder auch bloss befristeten Kauf. Anders verhält es sich, wenn der Vertrag einen Kaufzwang statuiert. Dann müssten zweifelsohne die einschlägigen formellen Bestimmungen des Abzahlungsvertrages berücksichtigt werden, da durch einen Miet-Kauf-Vertrag mit Kaufzwang der gleiche wirtschaftliche Zweck wie beim Abzahlungsvertrag verfolgt würde[1]. Im übrigen darf man jedoch davon ausgehen, dass die Miet-Kauf-Verträge im Kunsthandel in der Regel keiner Form bedürfen.

4. Beendigung

Das dem Kunden durch den Kunsthändler eingeräumte Kaufrecht ist während der vereinbarten Mietzeit regelmässig unwiderruflich. Wird das Werk nach Ablauf einer zwischen den Parteien vereinbarten Mietzeit nicht zurückgegeben, so gilt das Kaufrecht als stillschweigend ausgeübt. Der Käufer ist zur Leistung des Kaufpreises abzüglich der darauf angerechneten bereits bezahlten Mietzinsraten verpflichtet. Je nach Höhe der schon geleisteten Mietzinsraten und nach dem Willen der Parteien gestaltet sich der Rest des Miet-Kauf-Vertrages als Bar- oder Abzahlungskauf[2]. In diesem Zeitpunkt erfolgt auch die Eigentumsübertragung, denn als Mieter des Werkes war der Käufer bis anhin nur unselbständiger Besitzer.

Uebt der Mieter sein Kaufrecht schon vor Ablauf der vereinbarten Mietzeit aus, so wird dadurch der Mietvertrag stillschweigend gekündigt und die bis anhin geleisteten Mietzinsraten auf den Kaufpreis angerechnet.

---

1 Vgl. Giger 136 ff.
2 Vgl. Giger 126

Entschliesst sich der Kunde nicht zu einem Kauf, so hat er während oder spätestens nach Ablauf der vereinbarten Mietzeit dem Galeristen das Werk zurückzugeben.

In der Regel wird jedoch zwischen den Parteien keine bestimmte Mietzeit vereinbart, nach welcher sich der Mieter zum Kauf des Kunstwerkes entschliessen sollte. Der Mietvertrag wird am Ende eines Monats stillschweigend um einen weiteren Monat verlängert, wenn der Kunde das Werk nicht unverzüglich zurückbringt. Regelmässig wird es solange behalten, bis der Kaufpreis durch die Mietzinsraten getilgt ist. Das Werk geht dann ohne weiteres ins Eigentum des Mieters über.

Die im Kunsthandel üblichen Mietzinsraten betragen durchschnittlich 10-15% des eigentlichen Kaufpreises, sodass das Werk spätestens mit Ablauf eines Jahres abbezahlt wäre.

§ 4 DIE URHEBERRECHTE

A. Die Bedeutung im Kunsthandel

Die urheberrechtlichen Aspekte beim Handel mit Kunstobjekten interessieren vornehmlich den Juristen; sowohl der Kunsthändler als auch ganz besonders der Künstler, grundsätzlich Urheber eines Kunstwerkes, leben in einer anderen Gedankenwelt. Ihnen stehen die Probleme des Urheberrechts und deren Auswirkungen auf ihre Beziehungen recht fern. Sie beschäftigen sich in der Regel lediglich mit künstlerischen und kommerziellen Fragen. Dieses Verhalten ist zwar einerseits verständlich und bekanntlich entstehen auch nur wenige Rechtsstreitigkeiten aus Künstler/Galeristen-Beziehungen. Trotzdem kann das Urheberrecht bedeutsam sein, nicht nur für den Kunsthändler und den Künstler, sondern auch für den Dritten, den Abnehmer der Kunstobjekte. Eine eingehendere Beschäftigung aller Beteiligten, vornehmlich aber auch der Berufsverbände, mit urheberrechtlichen Problemen und ihren Folgen erscheint deshalb m. E. im heutigen Kunsthandel unumgänglich. Klare schriftliche Verträge, welche auch urheberrechtliche Befugnisse regeln, könnten den Parteien im Nachhinein zahlreiche Unklarheiten und Unannehmlichkeiten ersparen. Es dürfte zwar unmöglich sein, einheitliche Standardverträge zu erarbeiten, da die Galerien im einzelnen äusserst differenzierte Geschäftsbräuche haben und auch bei den einzelnen Künstlern jeweils nicht die gleichen Vertragsbedingungen anwenden. Immerhin könnten Rahmenverträge entwickelt werden, welche die grundsätzlichsten Vertragsklauseln enthielten. Aus diesem Grunde sollen im Anschluss auch die urheberrechtlichen Aspekte im Kunsthandel überblicksmässig dargestellt werden.

B. Der urheberrechtliche Werkbegriff

Art. 1 Abs. 2 URG zählt in nicht abschliessender Weise auf, was als Werk der Literatur und Kunst zu betrachten ist; eine Legaldefinition ent-

hält das URG jedoch nicht. Es ist somit Aufgabe der Rechtsprechung und -literatur, Kriterien der Werksqualität herauszuarbeiten. Anhaltspunkte finden sich in Art. 1 Abs. 2 URG, wo bezüglich kinematographischer oder durch ein verwandtes Verfahren festgehaltener Werke eine "eigenartige Schöpfung darstellende Handlung" verlangt wird[1]. Sodann finden sich weitere Hinweise in Art. 4 Abs. 1 Ziff. 2 URG, wonach nur ein "eigenartiges Werk" unter den Schutz des URG fällt. Diese Unsicherheit führte dazu, dass bis anhin unzählige Definitionen über den Werkbegriff entstanden sind. In jüngster Zeit zeigte sich dies ganz besonders bei der Fotografie, wo die Grenzen noch heute recht unklar gezogen sind. Nach Troller[2] weiss man einfach, was ein Werk der Literatur und Kunst im urheberrechtlichen Sinne ist. Diese Behauptung scheint mir jedoch etwas zu absolut, finden sich doch gerade bei modernen Ausstellungen immer Stimmen aus dem Publikum, welche jeglichen künstlerischen Wert der Werke in Abrede stellen. Schafft beispielsweise derjenige Künstler, welcher ein Loch in den Boden gräbt und dies als Kunstwerk proklamiert, noch ein wirkliches Werk i.S. des urheberrechtlichen Begriffes? Dass hier keine einheitliche Lösung gefunden werden kann, zeigen die anhaltenden Kontroversen um den urheberrechtlichen Werkbegriff mit aller Deutlichkeit. Kunst spricht in erster Linie emotionale und nicht rationale Gefühle des Menschen an, womit es soviele Meinungen wie Betrachter gibt. Der Kunstbegriff wird sodann äusserst stark durch die jeweilige Zeitepoche geprägt, durch die jeweilige Einstellung des Individuums zu seiner Umgebung.

In rechtlicher Hinsicht lässt sich ein solch undefinierter und dehnbarer Kunstwerkbegriff zweifelsohne nicht vertreten, ergäben sich daraus doch allzu grosse Rechtsunsicherheiten. So ist der Versuch nur allzu verständlich, trotz allen Schwierigkeiten wenigstens gewisse Kriterien, welche den Kunstwerkbegriff im urheberrechtlichen Sinne verdeutlichen sollen, herauszuschälen. Dabei wurde neben dem bereits erwähnten Begriff

---

1 "eigenartige Schöpfung" wird in der Praxis ganz allgemein als Kriterium für die Werkqualifikation herangezogen; vgl. z.B. BGE 64 II 165 und BGE 75 II 360

2 Vgl. Troller I 405

der "eigenartigen Schöpfung" derjenige der "Originalität des Werkes" geprägt[1]. Das Bundesgericht umschreibt dies in anderen Worten mit "eigenartige Geistesschöpfung von selbständigem Gepräge"[2] oder "neue, originelle geistige Idee"[3]. Damit ist der ästhetische Wert eines Werkes irrelevant und lediglich das Vorhandensein künstlerischer Originalität, Individualität[4] oder Singularität[5] massgebend.

In der Praxis darf man grundsätzlich davon ausgehen, dass der Kunsthandel mit Kunstwerken i.S. von Art. 1 URG zu tun hat. Kunsthändler und Künstler scheinen sich darüber auch wenig Gedanken zu machen. Im einzelnen hat sich der Kunsthändler selbst Rechenschaft darüber abzulegen, ob es sich bei den durch ihn vertriebenen Werken noch um Kunst handelt oder nicht. Eine klare und einheitlich anwendbare Formulierung für den Kunstwerkbegriff ist m.E. beinahe unmöglich; gewisse Kriterien können jedoch zweifelsohne Anhaltspunkte dafür geben.

C. Die Schutzdauer

Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass das Urheberrecht nicht ewig währt, sondern zeitlich begrenzt ist. Dies hat zur Folge, dass nicht alle Kunstwerke unter die im URG aufgestellten Schutzbestimmungen fallen, sondern lediglich diejenigen, welche sich innerhalb der durch das URG festgelegten Schutzfristen befinden (vgl. Art. 36-38 URG). Diese wurden aufgestellt, um dem Prinzip des Ausgleichs zwischen Individuum und Allgemeinheit gerecht zu werden[6]. Primär schützt das Urheberrecht die Interessen des einzelnen, des Urhebers eines Werkes; diesen jedoch lediglich für eine gewisse Zeit, um der Oeffentlichkeit danach möglichst ungehinderten und freien Genuss der Kulturgüter zu ermöglichen[7].

---

1 Vgl. Troller I 448; Kummer 35
2 BGE 75 II 360
3 BGE 77 II 379
4 Ulmer 108 ff.
5 Nater 39
6 Vgl. Elster 171 ff.
7 Vgl. Lüdin 50 f.; Ulmer 274

In der Regel endigt der dem Werk eines Künstlers durch das URG gewährte Schutz 50 Jahre nach dessen Tode, wenn das Werk unter seiner Bezeichnung in der gesetzlich vorgesehenen Weise (vgl. Art. 11 URG) und zu seinen Lebzeiten öffentlich bekannt gegeben worden ist (vgl. Art. 36 URG). Handelt es sich um anonyme oder pseudonyme Werke, erstreckt sich der Schutz auf 50 Jahre seit der öffentlichen Bekanntgabe (vgl. Art. 37 Abs. 1 URG). Nach Ablauf dieser Schutzfristen werden die Werke gemeinfrei, d.h. sie gehören dem sogenannten "domaine public" an, womit sie nicht weiter unter die Bestimmungen des URG fallen und von jedermann öffentlich genutzt werden können[1]. Von gemeinfreien Werken können beispielsweise ohne weiteres durch irgendwelche Dritte Reproduktionen oder Fotografien in den Verkehr gebracht oder auch ausgestellt etc. werden. Aus diesem Grunde haben sich Galerien, welche vornehmlich mit "alten Meistern" Handel treiben, höchst selten um Urheberrechte zu kümmern.

D. Urheberpersönlichkeits- und Urhebervermögensrechte

Die Urheberrechte werden von der überwiegenden Mehrheit der Lehre und Rechtsprechung in Persönlichkeits- (droit maoral) und Vermögensrechte unterteilt[2]. Das Urheberpersönlichkeitsrecht wird als "Teil oder besondere Seite des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes"[3] aufgefasst. "Der Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechtes ergibt sich teils aus Vorschriften des URG, wie z.B. aus Art. 43 Ziff. 1 und 2, und vor allem aber aus den Bestimmungen von ZGB 28 und OR 49, die in URG 44 Satz 2 denn auch ausdrücklich vorbehalten werden"[4]. Er ergibt sich ferner aus Art. 6bis RBUe. Art. 68bis URG gewährt nämlich für Werke von Schweizerbürgern

---

1 Vgl. Streuli, Künstler, 759
2 Vgl. Streuli, UR, 21 ff.; Lutz 88 ff.; BGE 84 II 573; Praxis BG 60 Nr. 65 Erw. I/6
3 Praxis BG 60 Nr. 65 Erw. I/6
4 Praxis BG 60 Nr. 65 Erw. I/6; vgl. auch BGE 69 II 57

sowie erstmals in der Schweiz herausgegebene Werke den weitergehenden Schutz, welcher durch den von der Schweiz zuletzt genehmigten Text der BUe gewährleistet wird.

Urhebervermögensrechte ermöglichen dem Urheber und seinen Erben, das Werk (nicht das Werkexemplar) wirtschaftlich zu nutzen[1]. Diese Rechte sind einzeln oder gesamthaft auf Dritte übertragbar (vgl. Art. 9 URG)[2].

"Die Persönlichkeitsrechte gehen dem Urheber durch Abtretung seiner Vermögensrechte nicht verloren"[3]. Das Werk bleibt untrennbar mit seinem Schöpfer verbunden. Aus dem Charakter des Urheberpersönlichkeitsrechtes als einer Erscheinung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes ergibt sich demzufolge auch der Bereich, in welchem die Uebertragung eines oder mehrerer Urheberpersönlichkeitsrechte auf Dritte statthaft ist; die Uebertragung darf nicht soweit gehen, dass dadurch das Persönlichkeitsrecht des Urhebers in einem die Schranken von Art. 27 ZGB verletzenden Mass beeinträchtigt wird. "Auch für das Urheberpersönlichkeitsrecht gilt der fundamentale Grundsatz des Art. 27 ZGB, dass sich niemand in seinem Persönlichkeitsrecht in einem gegen das Recht oder die Sittlichkeit verstossenden Masse beschränken könne"[4]. Wie weit die Beschränkung durch Uebertragung des Urheberpersönlichkeitsrechtes auf Dritte zulässig ist, darüber gibt der bereits erwähnte Art. 6bis RBUe auch für das schweizerische Recht verwendbare Anhaltspunkte; im Einzelfall ist die Beschaffenheit und der Charakter des Werkes sowie die übrigen Verhältnisse, insbesondere die Persönlichkeit des Urhebers zu berücksichtigen[5].

---

1 Vgl. Stelzl 80; Sträuli, UR 23
2 Vgl. nachfolgend lit. E
3 BGE 84 II 573
4 BGE 69 II 58
5 Vgl. nachfolgend lit. E

E. Uebertragbarkeit

"Die Herrschaft des Urhebers über sein Werk schliesst dem Grundsatze nach alle Verfügungen Dritter über dasselbe, welcher Art sie auch sind, aus"[1]. Daraus ergibt sich, dass das schweizerische Recht eine umfassende Herrschaft des Urhebers anerkennt. Es handelt sich dabei um ein einheitliches Urheberrecht, wovon auch Art. 12 Abs. 1 URG ausgeht. In Abs. 1 Ziff. 1-7 und Abs. 2 URG wird es jedoch in einzelne Rechte aufgeteilt. Dem Urheber steht somit die Möglichkeit zu, Teilrechte nach Belieben einzeln zu übertragen. Die Uebertragung eines solchen im Urheberrecht enthaltenen Rechtes schliesst jedoch die Uebertragung anderer Teilrechte nicht in sich, wenn nichts Gegenteiliges vereinbart worden ist (vgl. Art. 9 Abs. 2 URG)." Diese Bestimmung ist nach der im Schrifttum vertretenen Auffassung dahin zu verstehen, dass der Urheber im Zweifel keine weitergehenden Befugnisse überträgt, als es der Vertragszweck erfordert"[2].

Künstler und Kunsthändler unterlassen es in der Regel, den Umfang der übertragenen Urheberrechte genau zu regeln und schriftlich festzuhalten. In weiten Kreisen herrscht denn auch die irrtümliche Meinung, mit dem - meist entgeltlichen - Erwerb des Kunstwerkes oder einzelner Nutzungsrechte seien die damit verbundenen Urheberrechte vollständig vom Künstler auf den Galeristen oder Käufer übergegangen[3]. Diese Annahme ist jedoch falsch. Dass gewisse Urheberrechte durch Uebertragung der Werkexemplare auf den Galeristen, sei es durch eine eigentliche Eigentumsübertragung oder lediglich durch eine Besitzesübertragung, stillschweigend oder ausdrücklich übergehen müssen, leuchtet ohne weiteres ein; andernfalls wäre der Galerist kaum in der Lage, seine Interessen wahrzunehmen und seine Pflichten zu erfüllen, die Werke an Dritte zu vermitteln oder zu veräussern.

---

1 Troller II 776
2 BGE 101 II 106; vgl. auch Troller II 894 f. mit Hinweisen
3 Vgl. Frank, Richard, Die Urheberrechte an erworbenen Werken, in SJZ 65 (1969) 154

Die Rechtslehre und das URG halten das Werk als Immaterialgut und das Werkexemplar als körperliche Sache streng auseinander[1]. Art. 9 Abs. 3 URG bestimmt, dass die Uebertragung des Eigentums an einem Werkexemplar vorbehältlich abweichender Vereinbarungen - wie bereits erwähnt - diejenige des Urheberrechts nicht in sich schliesst; auch dann nicht, wenn sie das Originalexemplar zum Gegenstand hat. Der Konflikt jedoch, welcher zwischen dem Eigentum am Werkexemplar und dem Urheberrecht am Werk entstehen könnte, ist im URG nicht geregelt; eine Lösung ist nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu suchen. Der Eigentümer einer Sache, und damit auch derjenige eines Werkexemplares, ist gemäss Art. 641 ZGB befugt, in den Schranken der Rechtsordnung nach seinem Belieben über das Kunstobjekt zu verfügen. Das Eigentumsrecht wird also insofern beschränkt, als ihm ein Gesetz, z.B. das Urheberrecht, entgegensteht[2]. Wäre das Recht des Eigentümers uneingeschränkt, so wären die im URG statuierten Ausschliesslichkeitsrechte des Urhebers illusorisch, weil sie durch das Eigentumsrecht neutralisiert würden.

Zur Bemessung des nicht ausdrücklich vereinbarten Umfanges der Rechtsübertragung wurde in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung die Zweckübertragungstheorie angewandt[3]. Danach überträgt der Urheber "im Zweifel keine weitergehenden Befugnisse, als es der Zweck der Verfügung erfordert"[4]. Diese Theorie führt jedoch nur dann zu einer Lösung, wenn sich die Parteien über den Zweck der Uebertragung einig sind. Ohne Uebereinstimmung ist der Einzelfall zu untersuchen unter Heranziehung der Richtlinien von Treu und Glauben und einer im Zweifel restriktiven Auslegung der Rechtsübertragung i.S. von Art. 9 Abs. 2 URG[5].

---

1 Vgl. z.B. Ulmer 11 ff. und dort zit. Literatur
2 Vgl. BGE 70 II 133
3 Vgl. Ott, Hans, Inwieweit werden Rechte an Werken der Photographie übertragen?, in SJZ 53 (1957) 193
4 Ulmer 289 f. und 292 f.; vgl. auch Rintelen 161
5 Vgl. Frank, a.a.O. 154/155

F. Die Urheberrechte im einzelnen

I. Urheberpersönlichkeitsrechte

1. Das Veröffentlichungsrecht

Beim Veröffentlichungsrecht handelt es sich um die dem Urheber vorbehaltene Befugnis, selbst zu entscheiden, "ob, wann und in welcher Form das Werk seine intime Sphäre verlassen soll, um der Allgemeinheit zugänglich gemacht zu werden"[1]. Dieses Recht ergibt sich grundsätzlich aus den Art. 12 und 13 URG in Verbindung mit Art. 11 URG, wonach ein Werk i. S. des URG öffentlich bekanntgegeben ist, "sobald es durch eine mit dem Willen des Berechtigten erfolgte Handlung an die Oeffentlichkeit gebracht worden ist" (Art. 11 Abs. 1 URG). Diese Befugnis ist übertragbar und vererblich[2].

Das Veröffentlichungsrecht ist für den Urheber insofern von Bedeutung, als es persönlichkeits- und vermögensrechtliche Wirkungen nach sich zieht. Einerseits gibt der Urheber durch die Veröffentlichung seine Werke der Kritik und der Einschätzung durch jeden Interessierten preis und beeinflusst damit sein Ansehen beim Publikum massgebend. Andererseits geht er all jener Nutzungsrechte verlustig, "welche ihm lediglich um seines persönlichkeitsrechtlichen Schutzes willen zustehen, des Ausstellungsrechtes und des Rechtes zum gewerbsmässigen Verleih"[3].

In der Regel veröffentlicht der Künstler sein Werk, indem er es einem Galeristen überlässt und dieser es durch eine Ausstellung an die Oeffentlichkeit bringt. Im Ausstellungsrecht ist gezwungenermassen auch das Veröffentlichungsrecht enthalten. Da das Ausstellungsrecht allgemein als im Verkauf des Werkes konsumiert betrachtet wird[4], hat jeder Drit-

---

1 Pedrazzini 77; vgl. auch Troller II 784; Runge I 60; Lutz 211
2 Vgl. Streuli, UR, 21
3 Lutz 211
4 Vgl. unten II 4; Troller II 785

te, welchem der Künstler ein Werk verkauft, die Befugnis, dieses auch zu veröffentlichen.

2. Inanspruchnahme der Urheberschaft

Das URG enthält keine Bestimmungen, welche dem Urheber das Recht auf Anerkennung seiner Urheberschaft zubilligen. Grundsätzlich hat er aber die Möglichkeit, kraft seines Ausschliesslichkeitsrechtes selbst zu bestimmen, ob und wie sein Name bei der Veröffentlichung des Werkes beizufügen ist[1]. Dieses Recht wird von der h.L. aus Art. 28 ZGB abgeleitet.

Andererseits kann sich der Urheber auf Art. 6bis RBUe stützen, welcher ihm während seines ganzen Lebens das Recht einräumt, die Urheberschaft am Werk für sich in Anspruch zu nehmen[2]. Diese Fassung ist sehr allgemein gehalten. Uebungsgemäss ist der Name des Urhebers, sofern er nicht darauf verzichtet, auf jedem einzelnen Werkexemplar und bei jeder Mitteilung des Werkes anzubringen[3]. Dies hat zur Folge, dass in Katalogen etc. jedem einzeln abgebildeten Werk der Name des Urhebers beizufügen ist. Bei Drucken und Plastiken, welche z.B. verlagsweise durch Dritte hergestellt wurden, kann der Urheber eine entsprechende Kennzeichnung verlangen. Grundsätzlich sollten sich dabei keine Probleme ergeben im Kunsthandel, da der Galerist oder der Verleger an der Kennzeichnung der Werke regelmässig ebenso interessiert ist wie der Künstler selbst.

Im Recht der Kennzeichnung ist auch das Recht miteingeschlossen, "über die Wahl eines Pseudonyms und dessen Anbringung am Werk zu befinden"[4]. Das Pseudonym ist somit in gleicher Weise geschützt wie der wirkliche Name des Urhebers.

---

1 Vgl. Ulmer 268
2 Diese Möglichkeit besteht deshalb, weil Art. 68bis URG die RBUe auch auf Werke von Schweizerbürgern und erstmals in der Schweiz herausgegebene Werke anwendbar erklärt; vgl. auch Streuli, UR 21
3 Vgl. Troller 786
4 Runge I 59

Im weiteren schliesst das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft auch die Abwehr von Plagiaten mit ein. Bei jedem seiner Werke, welche unter fremdem Namen der Oeffentlichkeit zugänglich gemacht oder vorgestellt werden, kann der Urheber dem Plagiator entgegentreten und eine Berichtigung verlangen. Das Abwehrrecht des rechtmässigen Urhebers besteht auch dann, wenn seine Urheberschaft bestritten wird, wenn also beispielsweise in Zeitungsartikeln oder Katalogen etc. die Urheberschaft eines bestimmten Werkes fälschlicherweise einem anderen Künstler zugeschrieben wird.

Aus dem Recht auf Urheberschaft geht sodann aber auch das Recht des Urhebers hervor, wissentlich oder irrtümlich ihm untergeschobenen Werken entgegenzutreten. Dies ergibt sich zwar nicht aus Art. 6bis RBUe; es ist jedoch mit Stelzl[1] darin einig zu gehen, dass der Anspruch auf Feststellung der eigenen Urheberschaft umgekehrt auch das Recht beinhalten muss, die Nichturheberschaft festzustellen.

Wurde der Künstler durch rechtsmissbräuchlichen Gebrauch der Urheberschaft in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt, hat er bei Verschulden Anspruch auf Schadenersatz, wo die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens es rechtfertigen, sogar Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung (Art. 49 Abs. 1 OR)[2].

3. Integrität des Werkes

Der Urheber hat grundsätzlich ein Recht auf Integrität seines Werkes[3], d.h. er kann jede Entstellung oder Beeinträchtigung desselben verbieten[4]. Dieses Recht ist allgemein aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht abzuleiten. Im URG ist es nicht ausdrücklich erwähnt, doch kann auch hier wiederum Art. 6bis RBUe ergänzend herangezogen werden. Gemäss Abs. 1

1 Stelzl 44
2 Vgl. BGE 84 II 575
3 Vgl. Streuli, UR 21; Ulmer 269
4 Vgl. Stelzl 78

der cit. Bestimmung steht dem Urheber zeit seines Lebens das Recht zu, "sich jeder Entstellung, Verstümmelung oder sonstigen Aenderung dieses Werkes oder jeder anderen Beeinträchtigung des Werkes zu widersetzen, welche seiner Ehre oder seines Rufes nachteilig sein könnte." Miteinbezogen in dieses Recht ist auch jede Bearbeitung des Werkes. Dem Dritten müssen jedoch solche Aenderungen erlaubt sein, für die der Urheber seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen kann. Möglich sind aber auch abweichende Vereinbarungen zwischen Urheber und Drittem[1]. So kann der Künstler dem Kunsthändler beispielsweise gestatten, bei Reproduktionen seiner Werke Aenderungen vorzunehmen. Im Rahmen dieses dem Galeristen gestatteten Aenderungsrechtes kann sich der Künstler nicht mehr auf das "droit moral" berufen; nach wie vor verbleibt ihm jedoch kraft seines Persönlichkeitsrechtes die Möglichkeit, "Verstümmelungen oder sinnentstellende Aenderungen"[2] abzuwehren[3]. Neben der ausdrücklichen Einräumung eines Aenderungsrechtes sind auch stillschweigende Einwilligungen denkbar. Der Künstler beispielsweise, welcher die Vervielfältigung seines Werkes in Form von Lithografien etc. genehmigt, gestattet dem Galeristen sinngemäss jene Aenderungen an seinem Werk vorzunehmen, die mit dem Reproduktionsverfahren verbunden sind[4]. Im einzelnen Fall ist jedoch auf die Interessen des Künstlers wie auch auf diejenigen des Kunsthändlers gebührend Rücksicht zu nehmen und sie sind wertmässig gegeneinander abzuwägen.

Die Integrität des Werkes dürfte im Kunsthandel nicht allzustark gefährdet sein und grössere Probleme werden sich daraus nur selten ergeben. Der Kunsthändler selbst hat alles Interesse daran, die Werke in unverändertem und unverfälschtem Zustand dem Publikum anzubieten. Eine Entstellung kann z.B. dort vorliegen, wo von einem Gesamtwerk Einzelstücke verkauft werden; aus einer Grafikmappe, die eine künstlerische Einheit bildet, einzelne Blätter oder mehrteilige Gemälde, die ihre Wir-

---

1 Vgl. Ulmer 270
2 Ulmer 270
3 Vgl. Streuli, UR 22
4 Vgl. Ulmer 270 f.

kung allein im Zusammenwirken aller Teile entfalten, auseinandergerissen werden[1].

Auch die Verletzung der Integrität des Werkes kann Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche des Urhebers nach sich ziehen.

4. Das Widerrufsrecht

Jeder Künstler macht im Verlaufe seiner produktiven Zeit eine mehr oder weniger starke Wandlung in seiner Schaffensart durch[2]. In der Regel bekennen sie sich zu ihren früheren Werken und zu einer ständigen Weiterentwicklung, also dazu, dass sie nicht unwandelbar sind[3]. Der eine oder der andere jedoch kann sich mit seinen früheren Werken in keiner Weise mehr identifizieren; der Zugang der Oeffentlichkeit zu seinem Werke ist für ihn unzumutbar geworden. Hier soll das Widerrufsrecht dem Künstler die Möglichkeit bieten, Dritten gewährte urheberrechtliche Nutzungsrechte zurückzurufen, soweit das Werk seiner Ueberzeugung nicht mehr entspricht. Der Ursprung dieses Rechtes ist aus dem Vertragsrecht abzuleiten[4], wo demjenigen, welchem die Leistung unzumutbar geworden ist, der Rücktritt zugebilligt wird (vgl. clausula rebus sic stantibus). Im dURG ist dieses Recht ausdrücklich festgehalten[5].

Unter der heutigen Regelung, wo nach wie vor die clausula rebus sic stantibus anzurufen ist, müssen die Anforderungen an die Intensität der Unzumutbarkeit wegen gewandelter Ueberzeugung sehr streng gehandhabt werden. Durch eine Entschädigungspflicht, wie sie in ausländischen Kodifikationen vorgesehen ist, könnten Missbräuche weitgehend verhindert werden.

---

1 Vgl. Locher, Kunst 74
2 Vgl. z.B. Picasso und seine verschiedenen Epochen
3 Vgl. Locher, Kunst 94
4 Vgl. Ulmer 263
5 Vgl. § 42 dURG

II. Urhebervermögensrechte

1. Das Wiedergaberecht

Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 URG gewährt dem Urheber das ausschliessliche Recht, sein Werk durch irgendein Verfahren wiederzugeben. Durch Art. 13-16 URG wird dieses Recht sodann konkretisiert. Es bezieht sich sowohl auf unveränderte als auch auf veränderte Wiedergabe des Werkes und schliesst insbesondere das Recht mit sich ein, "das Werk auf Instrumente zu übertragen, die dazu dienen, es mechanisch vorzutragen oder aufzuführen" oder "das Werk mittelst Kinematographie oder eines verwandten Verfahrens wiederzugeben" (vgl. Art. 13 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 URG). Grundsätzlich steht somit niemandem ausser dem Künstler selbst, der das Werk erstellt hat, das Recht zu, ohne entsprechende Einräumung dieses Rechtes Reproduktionen herzustellen oder das Werk auf sonst eine Art wiederzugeben.

Dieser Grundsatz wird lediglich von zwei Ausnahmen durchbrochen. Einmal ist die Wiedergabe eines Werkes dann zulässig, wenn sie ausschliesslich zu eigenem privatem Gebrauch erfolgt und damit kein Gewinnzweck verfolgt wird (vgl. Art. 22 URG)[1]. Zum anderen ist die Reproduktion eines bestellten Personenbildnisses erlaubt, sofern sie durch den abgebildeten, seinen Ehegatten, seine Nachkommen oder seine Verwandten des elterlichen Stammes oder im Auftrage dieser Personen erfolgt.

Regelmässig findet eine Uebertragung des Wiedergaberechtes (nebst dem Verbreitungsrecht) im Kunstverlag[2] statt. Jedoch auch bei anderen Verträgen im Kunsthandel kann es für den Galeristen von Bedeutung sein, das Wiedergaberecht vom Urheber übertragen zu erhalten. Dieses braucht

---

1 Ganz allgemein gilt, dass dem Eigentümer eines Werkexemplares jede Form des privaten Gebrauchs gestattet ist; insbesondere kann er das Werk aufführen, ändern, bearbeiten und vervielfältigen (vgl. Lutz 230); zu aufführen vgl. Troller II 797

2 Vgl. § 3 IV

er unter anderem auch für Ausstellungskataloge und Reklamemittel jeder Art, bei welchen die Werke des Urhebers reproduziert werden.

Da dem Künstler seine Urheberrechte ausschliesslich zustehen, ergäbe sich die grundsätzliche Pflicht des Galeristen, auch um die Einräumung des Wiedergaberechtes nachzusuchen. Ohne diese Erlaubnis wäre er nicht befugt, die Werke in irgendeiner Art, beispielsweise für Kataloge, zu reproduzieren. Ganz besonders aktuell wird diese Rechtsgwährung, wenn einer Galerie sogar ein Hausfotograf zur Verfügung steht, welcher die Werke abfotografiert. Viele Galerien behalten die Negative dieser Aufnahmen selbst für eventuelle spätere Verwendungszwecke.

Im dURG ist dieser Problemkreis klar geregelt. Gemäss § 58 dURG bedarf es bei Ausstellungskatalogen keiner Zustimmung des Urhebers, da diese im Bedürfnis aller Beteiligten liegen. Sowohl Galerist als auch das Publikum sind an der Herausgabe solcher Kataloge interessiert und dem Künstler erleichtern sie die Bekanntmachung seines Schaffens und fördern zugleich den Absatz seiner Werke[1]. Dieses Recht wird jedoch in der deutschen Literatur räumlich, zeitlich und inhaltlich durch den privilegierten Ausstellungszweck begrenzt[2]. Räumlich darf der Katalog lediglich in dem Gebiet erscheinen, in welchem sich tatsächlich Interessenten für die Ausstellung befinden; dies kann je nach Grösse und Bekanntheitsgrad der Galerie variieren[3]. Zeitlich und inhaltlich hat sich der Katalog nach der Ausstellungsdauer zu richten, indem er nur eine angemessene Zeit vor und während der Ausstellung erscheinen darf, und haben sich die Abbildungen im Rahmen des üblichen zu bewegen sowie die Auflage dem Interessentenkreis zu entsprechen[4].

Eine solche im dURG sich findende Bestimmung fehlt im schweizerischen URG. Lediglich Art. 30 Ziff. 2 URG lässt eine Wiedergabe von Werken der bildenden Künste oder der Fotografie ohne Bewilligung des Urhebers zu, wenn sie sich bleibend in einer öffentlichen Sammlung be-

---

1 Vgl. Möhring/Nicolini, § 58 Anm. 1 b
2 Vgl. v. Gamm § 58 Anm. 4
3 Vgl. Stelzl 82
4 Vgl. Stelzl 82

finden und die Wiedergabe in den von der Verwaltung herausgegebenen Katalogen erfolgt. Hier wird deshalb eine Ausnahme gemacht, weil der Katalog "zum Nutzen der öffentlichen Sicherheit, nicht der Vermittlung des Werkgenusses, sondern einer Identifizierung"[1] dient. Diese Bestimmung lässt sich jedoch schon deshalb nicht auf die kommerziellen Galerien anwenden, weil es sich hierbei nicht um öffentliche Sammlungen handelt. Der Galerist braucht also, anders als beispielsweise in Deutschland und wie bereits erwähnt, die Erlaubnis des Urhebers zur Herstellung von Ausstellungskatalogen mit Abbildungen einiger oder aller ausgestellter Werke, ganz allgemein zu jeder Art von Reproduktion.

In der Praxis begrüsst der Künstler jedoch die Initiative des Kunsthändlers, einen Katalog drucken zu lassen und geeignete Reklamemittel einzusetzen, auch wenn dazu Reproduktionen seiner Werke verwendet werden. Es erweitert den Bekanntheitsgrad des Künstlers und hebt die Bedeutung einer Ausstellung hervor. Für eine renommierte Galerie ist beispielsweise der Ausstellungskatalog, meist mit grossen finanziellen Mitteln hergestellt, geradezu unerlässlich. Aus diesen Gründen darf der Galerist m. E., auch wenn ihm das URG grundsätzlich kein solches Recht zuspricht, vom stillschweigenden Einverständnis des Künstlers zur Herstellung von Reproduktionen, welche unmittelbar mit der Ausstellung im Zusammenhang stehen und deren Erfolg zu fördern vermögen, ausgehen. M. E. jedoch nur dann, wenn der Galerist die Werke direkt vom Urheber zum Weiterverkauf erhalten hat, also grundsätzlich nur beim direkten kommissionsweisen Verkauf. Schon beim Ankauf der Werke durch den Galeristen erscheint die Annahme eines stillschweigenden Einverständnisses zu einer beschränkten Uebertragung des Reproduktionsrechtes auf diesen recht problematisch. Der Künstler hat seine Werke bereits an den Kunsthändler verkauft und ist nicht weiter auf Reklamemittel etc. angewiesen. Der Bekanntheitsgrad des Künstlers könnte dadurch zwar gefördert werden, wobei sich dies für seine weiteren Werke absatzbegünstigend auswirken dürfte. Trotz dieser Vorteile, welche sich für den Künstler zweifelsohne ergeben würden, müsste eine Reproduktionsrechtübertra-

1 Lutz 42

gung auf den Galeristen ausdrücklich vorgenommen werden. Andernfalls wäre die Bestimmung des Art. 9 Abs. 3 URG, wonach vorbehältlich abweichender Vereinbarung die Uebertragung des Eigentums an einem Werkexemplar, auch dem Original, diejenige des Urheberrechtes nicht in sich schliesst, illusorisch.

Sind die Kunstwerke über einen Dritten, also nicht den Urheber, in den Besitz oder das Eigentum des Galeristen gelangt, hat er auf jeden Fall das Wiedergaberecht beim Künstler einzuholen. Will ein Dritter von Werken, welche sich im Besitz des Galeristen befinden, Reproduktionen herstellen, beispielsweise ein Verleger von Kunstbüchern etc., wird er vom Galeristen regelmässig an den Urheber verwiesen. Dieser ist ja nach wie vor Inhaber aller Nutzungsrechte geblieben.

Beim stillschweigenden Einverständnis des Künstlers zur Reproduktion seiner Werke ist indessen fraglich, wieweit dieses geht. Ist der Galerist auch berechtigt, Flugzettel, Plakate und jede Art von Inseraten etc. nebst den Ausstellungskatalogen mit Abbildungen der Kunstwerke zu versehen? Reklame ist in der Regel unerlässlich und auch üblich und muss deshalb mit wirkungsvollen Mitteln durchgeführt werden können. Aus diesem Grunde sollte der Kunsthändler mit einer stillschweigenden Erlaubnis des Künstlers zur Wiedergabe von Werken auf Werbeträgern ausgehen können. Regelmässig wird zwischen Galeristen und Künstler jedoch schon bei der Planung der Ausstellung über die beabsichtigten Publicity-Mittel verhandelt und somit eine ausdrückliche Genehmigung erteilt.

Probleme bei den durch stillschweigendes Einverständnis erstellten Reproduktionen könnten sich lediglich aus den Druckkosten ergeben, die jedoch, insbesondere bei grösseren und bedeutenderen Galerien, regelmässig von diesen selbst übernommen werden. Andere Galerien teilen – grundsätzlich jedoch nur nach vorheriger Absprache mit dem Künstler oder wo es der Usanz entspricht – die Kosten oder überwälzen sie sogar ganz auf den Künstler.

Sowohl eine stillschweigende wie auch eine ausdrückliche aber nicht klar definierte Uebertragung des Wiedergaberechtes hat sich m. E., gleich

wie es im deutschen Kunsthandel für Ausstellungskataloge gilt, in einem zeitlich und inhaltlichen Zusammenhang mit der Ausstellung zu befinden. Dadurch wird der Gefahr entgegengewirkt, dass der Galerist unbefugt noch nach der Ausstellung Gewinn aus dem Verkauf von Reproduktionsmaterial erzielt, indem er beispielsweise Ausstellungskataloge an Galeriebesucher verkauft. Räumlich wird die Begrenzung nur sehr schwierig festzulegen sein, da gerade grössere Galerien ein internationales Publikum zu ihren Kunden zählen.

Klar zu unterscheiden von der stillschweigenden Erlaubnis zur Wiedergabe von Werbematerial ist die Einräumung eines Reproduktionsrechtes der Kunstwerke für Postkarten und illustrierte Bücher etc., welche z.B. anlässlich einer Ausstellung Interessenten zum Kauf angeboten werden. Diese Art der Wiedergabe dient zwar in gewisser Weise auch zu Reklamezwecken, vornehmlich stellt sie jedoch eine Nebeneinnahmequelle der Galerie dar. Es liegt somit auf der Hand, dass vorliegendenfalls die ausdrückliche Einwilligung des Urhebers zur Wiedergabe der Werke unerlässlich ist. Von dem durch den Verkauf solcher Reproduktionen erzielten Gewinn beansprucht der Künstler in der Regel einen gewissen Anteil für sich oder verrechnet ihn mit Provisionsansprüchen des Galeristen.

2. Das Recht auf Verkauf, Feilhalten oder sonst in Verkehr bringen

Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 URG gewährt dem Urheber sodann das ausschliessliche Recht, Exemplare seiner Werke zu verkaufen, feilzuhalten oder sonst in Verkehr zu bringen.

Der Tatbestand des Verkaufens ist mit dem Abschluss eines diesbezüglichen Vertrages über ein urheberrechtlich geschütztes Werk erfüllt. Feilhalten ist jede Art der Kundgabe, die erkennen lässt, dass man bereit ist, ein Kunstwerk herzustellen oder weiterzugeben[1]. Hier kann es sich unter anderem um Offerten, Kataloge und Inserate etc. handeln; ebenfalls unter den Begriff Feilhalten fällt jede Ausstellung des

---

1 Vgl. Troller II 724; Rintelen 105

Werkes zum Zwecke des Verkaufs, der Vermietung oder der Verleihung. Mit "Inverkehrbringen" ist jede Verfügungshandlung über ein Werk gemeint, z.B. schon das Versenden eines Kunstobjektes[1]. Dabei wird die tatsächliche Gewalt über ein Werk geändert, d.h. also ein Besitzerwechsel herbeigeführt.

Die Ausschliesslichkeitsrechte des Verkaufens, des Feilhaltens und des Inverkehrbringens gehen bei den üblichen Verträgen zwischen Künstler und Kunsthändler selbstverständlich auf letzteren über, ansonsten er gar nicht in der Lage wäre, die Werke an Dritte zu veräussern etc. Zweifellos beinhalten diese Rechte auch die Befugnis des Galeristen, Offerten und Kataloge zu versenden, in Zeitschriften zu inserieren und andere Mittel zum Absatz der Werke einzusetzen.

3. Das Recht auf öffentliche Vorführung und öffentliche Uebertragung mittels Draht

Bei diesem dem Urheber zustehenden Ausschliesslichkeitsrecht könnte man sich fragen, ob es nicht schon im allgemeinen Recht auf Wiedergabe enthalten sei. Dazu ist zu bemerken, dass das Vorführen von Kunstobjekten im Gegensatz zur Wiedergabe eine Vorbereitungshandlung ist[2]. Es wird auch nicht das Original in seiner Realität der Oeffentlichkeit vorgeführt, sondern ein Bild des Originals in Form eines Lichtbildes, durch Film, Fernsehen oder durch eine Fotografie etc.; das Vorführen des Originals selbst entspricht dem "Ausstellen"[3]. Unter Wiedergabe versteht man hingegen die Vorbereitungshandlung, die Herstellung der Fotografien etc. welche zur Vorführung des Originals dienen[4]. Gleichgültig ist, ob das Vorführen gewerbsmässig besorgt wird oder nicht. Notwendige Voraussetzung jedoch ist die Oeffentlichkeit; Vorführung für Privatzwecke ist erlaubt. Der Galerist ist jedoch darauf angewiesen, das Werk öffent-

---

1 Vgl. Troller II 725
2 Vgl. Meyer, UR 67
3 Vgl. nachfolgend Ziff. 4
4 Vgl. Meyer, UR 68

lich vorführen zu können, um es beim Publikum bekannt zu machen. Bezüglich der Uebertragung des Vorführungsrechtes an den Kunsthändler kann im allgemeinen auf die beim Wiedergaberecht gemachten Ausführungen verwiesen werden[1]. Ein Wiedergaberecht ohne Vorführungserlaubnis nützt dem Galeristen wenig und es erscheint deshalb als selbstverständlich, dass das erstere auch das letztere miteinschliessen sollte.

4. Das Ausstellungsrecht

Art. 12 Abs. 1 Ziff. 4 URG räumt dem Urheber das Recht ein, Exemplare seiner Werke öffentlich auszustellen oder sie in einer anderen Weise an die Oeffentlichkeit zu bringen, solange sie nicht öffentlich bekannt gemacht worden sind[2]. Ist ein Werk einmal öffentlich bekannt gegeben worden, so kann es (oder Exemplare davon) von jedem Dritten beliebig ausgestellt werden.

Im Kunsthandel hat das Ausstellungsrecht eine geringe Bedeutung, weil es nur für Werke seine Gültigkeit hat, die nicht verkäuflich sind. Handelt es sich um verkäufliche Werke, so wäre darin ein Fall von "Feilhalten" (vgl. Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 URG) zu erblicken[3]. Per definitionem ist hier aber das Ausstellungsrecht bereits mitübertragen.

Werden vom Künstler indessen unverkäufliche Werke an den Galeristen zu Ausstellungszwecken übergeben, so muss darin logischerweise auch eine stillschweigende Uebertragung des Ausstellungsrechtes auf den Kunsthändler erblickt werden[4]. Von Bedeutung könnte hier lediglich die Frage sein, ob das Ausstellungsrecht des Künstlers, wie grundsätzlich jedes Urheberrecht ohne anderslautende Abrede, bei diesem verbleibt, wenn er seine Werke an den Galeristen oder auch an Dritte verkauft. Ein so weitgehendes Recht des Urhebers wäre jedoch nicht zu vertreten,

---

1 Vgl. oben Ziff. 1
2 Vgl. oben § 4 F I 1
3 Vgl. Meyer, UR, 69
4 Vgl. Stelzl 87; Lutz 136

würden sich daraus doch äusserst unbefriedigende Situationen ergeben und eine eigentliche Eigentumsübertragung wäre in Frage gestellt. Eine unter dem absolut wirkenden Vorbehalt des Ausstellungsrechtes zugunsten des Urhebers erfolgte Uebertragung des Werkexemplars für öffentliche Ausstellungen wäre insbesondere für Galeristen eine unzumutbare Einschränkung ihrer Verfügungsbefugnis[1]. Der Galerist hätte vor jeder Ausstellung eine diesbezügliche Erlaubnis beim Urheber einzuholen. Im übrigen liegt eine solche Regelung auch keineswegs im Interesse des Künstlers. Wollte sich der Urheber das Ausstellungsrecht trotzdem ausbeingen, so müsste er dies dem Galeristen ausdrücklich anzeigen.

5. Das Zugangsrecht

Wie bereits dargestellt, kann das Recht des Eigentümers oder des Besitzers eines Werkexemplares durch die im URG aufgeführten Ausschliesslichkeitsrechte des Urhebers, soweit sie bei diesem verbleiben, eingeschränkt werden[2]. Diese wirtschaftlichen Verwertungsrechte wahrzunehmen ist dem Urheber jedoch nur dann möglich, wenn ihm auch nach der Eigentums- oder auch nur Besitzesübertragung des Werkexemplares an den Galeristen oder einen Dritten das Zugangsrecht gewährt wird. Beispielsweise müsste er vom jeweiligen Eigentümer oder Besitzer die Erlaubnis erhalten, vom Werkexemplar zu Reproduktionszwecken – das Reproduktionsrecht verbleibt in der Regel dem Urheber – Kopien anzufertigen[3]. Zwar finden sich im URG keine Bestimmungen, welche dem Urheber das Zugangsrecht zum Werkexemplar zubilligen. Die Literatur bejaht jedoch durchwegs ein solches dem Urheber zustehendes Recht[4]. Lediglich der Umfang der Befugnis ist umstritten. Hierzu kann zum ei-

---

1 Bei der Eigentumsübertragung des Werkexemplares zu privatem Gebrauch entsteht insofern kein Problem, als Art. 12 Abs. 1 Ziff. 4 URG nur für öffentliche Ausstellungen gilt.

2 Vgl. oben § 4 E; Ulmer 273 und dort zit. Literatur

3 Vgl. Troller II 790; Stelzl 89

4 Vgl. Troller II 790; Del Bianco 224; Streuli, UR, 25; Lutz 17

nen auf ausländische Kodifikationen zurückgegriffen werden, wo dem Urheber das Zugangsrecht ausdrücklich gewährt wird[1]. Zum anderen ist das Zugangsrecht m. E. auf ein Minimum zu beschränken, um das Recht des Eigentümers oder Besitzers nicht allzusehr zu beschneiden. So soll das Recht lediglich den Zugang, nicht jedoch die Mitnahme des Werkexemplares, z. B. zu Ausstellungszwecken, beinhalten[2]. Zudem sind die Interessen des Eigentümers oder Besitzers weitgehend zu wahren und auf die momentanen Umstände Rücksicht zu nehmen. Dem Galeristen kann nicht zugemutet werden, dem Urheber während einer Ausstellung ein Zugangsrecht zum Werkexemplar zu gewähren; die Durchführung von Vervielfältigungsarbeiten würde den Geschäftsbetrieb der Galerie zweifelsohne stören[3].

6. Das Rückrufsrecht

Werden Nutzungsrechte an einem Werkexemplar übertragen, so hat der Urheber ein reges Interesse daran, dass diese auch genutzt werden. Es ist für den Künstler von grosser Bedeutung, ob seine Kunstgegenstände ausgestellt, vervielfältigt und feilgehalten werden oder ob sie beim Galeristen im Lager verstauben, weil dieser die Werke hortet, um sie mit höherem Gewinn zu verkaufen, sobald sich der Künstler einen Namen gemacht hat und die Nachfrage deshalb ansteigt. Eine solche Verkaufstaktik nützt dem Künstler wenig; er ist darauf bedacht, durch die Tätigkeit des Nutzungsberechtigten seinen Bekanntheitsgrad zu fördern um dadurch den Absatz seiner Werke zu steigern. Da es sich aber bei den übertragenen Rechten in der Regel um Ausschliesslichkeitsrechte handelt, ist der Künstler nicht mehr in der Lage, diese selbst wahrzunehmen. Aus der Nichtausübung derselben kann der Künstler jedoch stark geschädigt werden.

---

1 Vgl. z. B. dURG § 25; öURG § 22; vgl. auch Ulmer 273 f.; Stelzl 89
2 Gl. M. Troller II 790; Ulmer 274
3 Vgl. Stelzl 89

Gesetzlich statuiert ist die Nutzungspflicht des Berechtigten lediglich beim Verlagsvertrag, wo der Verleger das Werk zu vervielfältigen, in Vertrieb zu setzen (vgl. Art. 380 OR), für gehörige Bekanntmachung zu sorgen und die üblichen Mittel für den Absatz der Werke zu verwenden hat (vgl. Art. 384 Abs. 1 OR). Bei den übrigen Künstler/Galeristen-Verhältnissen ist bezüglich der Nutzungsrechte und der daraus resultierenden Pflichten auf den Vertragsinhalt abzustellen. Aus diesem kann der Künstler berechtigt sein, auf Erfüllung des Vertrages nebst Schadenersatz wegen Verspätung zu klagen oder vom Vertrag zurückzutreten, sobald er dem Galeristen eine Frist zur nachträglichen Erfüllung angesetzt hat und diese unbenützt verstrichen ist (vgl. Art. 107 OR). Der Künstler kann also wohl den ersten Erwerber des Werkexemplares, in der Regel den Galeristen, zur Ausübung der ihm eingeräumten Nutzungsrechte aus Vertrag zwingen, nicht jedoch die nachfolgenden, da er zu diesen in keinem Vertragsverhältnis mehr steht. Hier soll das Rückrufsrecht Abhilfe schaffen. Gewisse ausländische Kodifikationen gewähren dem Urheber das Recht, ein übertragenes Nutzungsrecht jedem Erwerber zu entziehen, sofern er es nicht nutzt[1]. In der Schweiz fehlt eine solche Bestimmung im URG. Grundsätzlich könnte Art. 2 ZGB angerufen werden, wonach jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat[2]. Ein ausdrücklich gewährtes Rückrufsrecht würde jedoch die Stellung des Urhebers wesentlich verbessern und ihm das Vorgehen gegen den nichtausübenden Dritten erleichtern. Unter den heutigen Bedingungen hat er sich aber auf Art. 2 ZGB zu beschränken; ausländische Lehre und Rechtsprechung kann hilfsweise beigezogen werden.

---

1 Vgl. Art. 32 fURG; hier hat der Urheber dem Erwerber jedoch vollen Schadenersatz zu leisten; § 41 dURG, wo auch eine Entschädigungspflicht des Betroffenen vorgesehen ist, wenn und soweit es der Billigkeit entspricht.

2 Vgl. Lutz 145

LEBENSLAUF

Geboren und aufgewachsen in Zürich besuchte ich nach der Primarschule das Freie Gymnasium in Zürich. Im Sommersemester 1971 immatrikulierte ich mich an der Universität Zürich, wo ich im Februar 1975 mit dem Lizentiat beider Rechte abschloss. Innerhalb der nächstfolgenden drei Jahre, während welcher ich am Bezirksgericht Zürich als Auditor/Gerichtssekretär tätig war, bestand ich im April 1976 die Rechtsanwaltsprüfung und wurde am 8. November 1978 zum Doktor beider Rechte promoviert.